

# نظريات العقائد في الفقه الجعفري

عرض واستدلال ومقارنات

ألف

هاشم معروف الحسيني









عرض واسم لال و متعارفات

تأليف  
هاشم معروف الحسني

جميع الحقوق محفوظة للمؤلف



## نظرية العقد في الفقه الجعفري

يعرض هذا الكتاب آراء الجعفرين وغيرهم من مدنيين وشرعيين في بعض المباحث التي تتصل بالعقود وترتبط بها ويبحث عن المبادئ العامة للعقود وعن عقد البيع وأركانه وشروطه وموارده انحلاله وأنواع الخيارات والشروط وما يتبع ذلك من المباحث التي تتصل بهذه المواضيع ويقارن في أكثر محتوياته بين آراء الجعفرين وآراء غيرهم من مدنيين وشرعيين متحررين التوضيح والإختصار ومعتمدا على أوثق المصادر الشرعية وغيرها .



## مقدمته

### بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

والصلاة والسلام على محمد وآله الطيبين الطاهرين، وعلى جميع الأنبياء والمرسلين  
ان من يستعرض تاريخ الامم والشعوب على اختلافها يجدان لكل امة منها بلغت  
من الانحطاط والتقهقر أنظمة تختص بها في شؤونها وجميع تصرفاتها ، وقوانين  
تعتمد عليها في حل مشاكلها ، ومكافحة الطغيان والفساد ، فالعرب الذين نزل  
القرآن بلغتهم ، وأصبحوا حملة لواء الاسلام ، ومن خيرة دعااته وناشريه ، كانوا  
امة امية في الغالب ليس لها ما يميزانها الفرس والروم من علوم وفلسفات وصناعة  
وغير ذلك مما كان يملكه اولئك الجيران من الوسائل التي تسهل عليهم طرق  
العيش والهدوء والاستقرار ، والمجتمع العربي مع أنه لم يكن في صف جيرانه  
الفرس والروم من الناحيتين العلمية والاقتصادية ، الا انه لم يشذ عن هذا الاصل  
الذي لا يمكن بقاء الشخص والنوع والمجتمع بدونه ، فالتاريخ يجدنا ان للعرب في  
جاهليتهم بعض القوانين والعادات يحكمونها في معاملاتهم وجميع شؤونهم ،  
ويعالجون فيها مشاكلهم ، قوانين لم تصدر عن سلطة تشريعية كما هو الحال في  
القوانين التي جاءت بها الشرائع والأديان ، والقوانين الرومانية وغيرها من القوانين  
المستعدة ، ولكنها كانت في بدايتها اشبه بالاعراف والتقاليد استفادوا اكثرها  
من البلاد التي كانوا يعيشون بجوارها ويتصلون بها لمصالح كانت تربطهم بها ،

ومن هذه البلاد، الشام ونواحيها حيث يطبق فيها القانون الروماني ، والعراق ، وما يتبعه حيث كان يسوده القانون الفارسي ، بالإضافة الى يورد المدينة الذين أخذوا عن التوراة أكثر ما يحتاجون اليه من التشريعات والقوانين .

لقد استأد العرب في جاهليتهم من التجارب ومن جيرانهم الفرس والرومان في مختلف النواحي التي تعينهم في معاملاتهم وغيرها ، والتي عالجها الاسلام ووضع لها الأصول والقواعد فيما بعد بما جاء به من فقه وتشريعات ، فتباورت تلك العادات والاعراف في اذهانهم واختمرت حتى أصبحت أشبه بالقوانين الصادرة عن سلطة تشريعية يقدسونها وينزلون على حكمها في خصوماتهم وعقودهم وجميع معاملاتهم .

وحينما جاء الاسلام ببادئه وتشريعاته لم يغير جميع انظمتهم وعاداتهم ، ذلك لأن الأديان لم تأت لفرض الانتقام ، ولا لقلب الاوضاع والعادات والاعراف ، وانما تجيء لتطهير النفوس واعداد الانسان اعداداً يجعله صالحاً للاسهام في بناء مجتمع تدوده العدالة وسيطر فيه الحق على الباطل والهدى على الضلال والخير على الشر .

انبل لقد جاء الاسلام فواجه العرب قبل جميع الناس ببادئه وتعاليمه وتشريعه فافهم على بعض ما شاع بينهم في معاملاتهم وعقودهم ، وعارضهم في بعض المعاملات ، كالربا والنجش ، وبيع الحصى والمنازعة والملاسة ونحو ذلك مما يؤدي الى الضرر والمنازعات ولا يتصل بصالح البشر ولا بضرورات حياتهم .

وادخل بعض التعديلات على أكثر المعاملات كما يظهر للمتتبع بعد المقارنة بين عقودهم ومعاملاتهم وسائر انظمتهم ، وبين العقود التي اقرها الاسلام بعد ادخال تلك التعديلات عليها بما يضمن لهم مصالحهم ويصون حقوقهم ويحفظهم لبناء مجتمع سليم ، وامة صالحة للحياة الكريمة المجيدة .

لقد جاء الاسلام بمبادئه وانظمته والناس في امن الحاجة اليه فشرع لهم العبادات ، وبنى احكام الاسرة على اسس متينة تحفظ لهم انسابهم وتمهد من سيطرة الشهوات ومن فوضى الزواج الذي شاع بينهم بأشكاله المختلفة ، ووضع لهم الاصول والقواعد للميراث والوصية والطلاق وغير ذلك من المواضيع الفقهية ، بما نسميه اليوم بالاحوال الشخصية ، كما نظر الى صفوف المعاملات والعقود التي اعتادوا على التعامل فيها كالبيع ، والاجارة ، والصلح ، والرهن ، والشركة ، والمضاربة وغير ذلك من أنواع العقود التي كانوا يتعاملون بها ، والى العقوبات واحكام الجنابات ، والقضاء والى كل ما شاع بينهم ، كل ذلك قد نظر اليه الاسلام ووضع له الاصول والقواعد التي تضمن له البقاء والدوام ، ولم ينتقل الرسول الى الرفيق الاعلى حتى استكمل الفقه اهم اصوله التي قام عليها ، ولم يبق على العلماء والفقهاء من بعده الا الرجوع الى ما تم في حياته ، واستلزام ما اوحى الله سبحانه وتعالى اليه من كتاب وسنة ، ثم التفرع والتطبيق حسبما تدعو اليه الحاجة في كل زمان ومكان .

وهنا يجدر بنا ان نشير الى ان ما نزل من القرآن الكريم بمكة لم يشتمل الا على بضع آيات في التشريع ، اذ كانت الدعوة الى الله وتوحيده ، ونبذ ما كانت عليه الناس من عبادة الأصنام ، واقامة البواهي على الدار الآخرة ، من المقاصد الأولى التي يتركز عليها الاسلام ، اما التشريع الفقهي والانظمة التي لا بد منها لتنظيم حياتهم وتمهيد علاقة بعضهم ببعض فقد دعت الحاجة اليها بعد ان استقر الرسول في المدينة ، واتجه لتنظيم حياة المسلمين ومعاملاتهم ، وبناء دولة تشرف على تنفيذ تلك المبادئ والتشريعات فكانت المدينة موطن التشريع العام ، وبها انزل الله في كتابه اكثر آيات الاحكام على التدرج حسبما تدعو اليه الحاجة ، وبعد التسبع والاستعصاء نجد من آياته ما كان ينزل اجابة عن اسئلة كان بعض المسلمين يوجهها الى الرسول (ص) عندما يحسون الحاجة لذلك ، ومنها ما كان ينزل ابتداء وبلا سؤال من احد ، وعلامة ذلك الآيات المصدرة بكلمة يسألونك ، او يستفتونك

تلك الآيات التي تبلغ نحو من خمس عشرة آية .

ومهما كان الحال فقد استمد المسلمون فقهم من كتاب الله وسنة نبيه في المرحلة الأولى من مراحل التشريع ومعلوم ان القرآن حتى في المواضيع التي تعرض لأحكامها لم يتعرض لها إلا بصورة إجمالية ، وترك للرسول تفصيل هذا الاجمال ، وتحديد القواعد والاصول التي وضعها في مختلف العناوين ، فكان يقوم بدور الشارح المبين لما اجمله القرآن ، بالاضافة الى كثير من أحكام الحوادث التي تلقى أحكامها عن طريق الوحي مباشرة ، واصبحت بذلك اقوال الرسول وأفعاله متممة للتشريع ، ومرجعا للمسلمين في أمور دينهم بعد كتاب الله الكريم .

ومن الثابت عند جميع المسلمين ان علياً «ع» كان من أحرص الناس على حفظ ذلك التراث الضخم ، ومن أكثر المسلمين وعياً لانظمته وقواعده ، وضبطاً لاصوله ومبادئه ، وتؤكد النصوص التاريخية ان هذه الظاهرة فيه كانت بارزة في عصر الرسول «ص» وان النبي «ص» قد اتنى عليه ابلغ الثناء وسماه باب مدينة العلم ، وعلمه الف باب من العلم ، وفتح له في كل باب الف باب .

وكما كان في زمن الرسول «ص» كان في عهد الصحابة المرجع الاول في الافتاء والقضاء ، ومن علمه استفاد أكثر الصحابة والتابعين ، ومن مدرسته تخرج عشرات الفقهاء والمحدثين ، وترك في الكوفة خلال اقامته فيها علماً كثيراً قد انتشربين فقهاؤها وسكانها شطراً طويلاً من الزمن ، ولولا ان الامويين الذين تعاقبوا الحكم من بعده قد بذلوا أقصى ما لديهم من جهد وسفروا قسماً كبيراً من امكانياتهم للقضاء على اثره ، وتوجيه الأنظار الى سواه ، بالقتل والحبس وتشريد اتباعه وشيعته ، واباحة الاغراض والاموال ، لولا هذا الموقف العدائي من علي وشيعته ، ومن رواة افرد وحمة غله لكنت الفقه الاسلامي في جميع العصور يستمد اصالته وقوته من تلك الآثار التي خلفها علي «ع» وآله الائمة الهداة «ع» ولما حدثت تلك العجوة العميقة بسبب تعدد المذاهب واختلاف الآراء في اصول



لقد استطاع الحكام ان يصرفوا الجماهير عن فقه علي وآثاره بالمال والسلاح ، وان يضعوا الحواجز والسدود بين الجماهير وبين آثار أهل البيت من جماجم الأبرياء والصلحاء ، وان يرفعوا فريقاً من العلماء على رؤوس الناس ، ويفرضوا عليهم آدابهم بمجد السيوف ، لقد استطاعوا ان يضعوا كل شيء ، ولكنهم لم يستطيعوا بكل ما لديهم من قوة القضاء على تلك الثروة الواسعة التي ورثها علي (ع) عن رسول الله (ص) والتي انتقلت بكاملها الى اولاده واحفاده من بعده ، وبواسطتهم قد انتشرت بين الملايين من المسلمين بعد ان تعرضت الدولة الجائرة العاتية للانهار وثم للامامين العظميين الباقر والصادق (ع) تأسس مدرستها التي تخرج منها آلاف العلماء والفقهاء والمحدثين من مختلف العواصم والبلاد ومن اجل ذلك نسب فقه اهل البيت الى الامام جعفر الصادق (ع) ، في حين انه ليس لهذا الامام العظيم فقه يختص به ولا علم ورثه عن آباءه دون سواء ويتأكد ذلك عندما نرجع الى آرائه حول هذا الموضوع ، فقد روى جماعة من الثقات عنه انه قال : حديثي حديث ابي ، وحديث ابي حديث جدي ، وحديث جدي حديث رسول الله ، وحديث رسول الله هو قول الله . وورد عنه انه قال : انا اذا حدثنا لا نحدث الا بحكم الله ، ولا نقول الا ما يوافق كتاب الله ، فاذا وجدتم حديثنا فاعرضوه على القرآن ، فاذا خالاه فاطرحوه .

ومن ذلك تبين ان الفقه الشيعي المنسوب الى الامام جعفر الصادق (ع) هو فقه الرسول وعلي والائمة من ولده ، وانه انما نسب اليه ، لانه انتشر من مدرسته بعد الركود الذي خيم عليه طوال حكم الامويين ، واستطاع الامام الصادق (ع) في ربيع قرن من الزمن ان يملأ البلاد والعواصم الاسلامية بتلاميذه الذين حملوا

(١) انظر كتابنا المبادئ العامة للفقه الجعفري في الفصول التي وضعناها لمعالجة هذا الموضوع .

فقه وحديثه الى الناس . وقد جاء عن ايان بن تغلب أحد تلاميذه وتلاميذ أبيه الباقر (ع) : أنه روى عن الباقر ثمانية عشر ألف حديثاً ، وروى عن الامام الصادق ثلاثين ألف حديثاً ، كما روى عنه محمد بن مسلم ، وزادة بن أعين ، وأبو بصير ، وجابر الجعفي ، وغيرهم آلاف الأحاديث في الفقه وأصول الاسلام والاخلاق وغير ذلك من المواضيع الاسلامية التي كانت تعالجها مدرسته ، وقد بحثنا هذه المواضيع بحثاً مفصلاً في كتابنا : المبادئ العامة للفقه الجعفري وأثبتنا بالأرقام ان فقه أهل البيت كان أكثر انتشاراً وشيوعاً في تلك الفترة من فقه غيرهم ، بالرغم من أن الحكام العباسيين كان موقفهم من الشيعة وأئمتهم أسوأ من موقف أسلافهم الأمويين ، فلقد حاولوا بشتى الوسائل القضاء على تلك الثروة الواسعة التي ورثها جعفر بن محمد (ع) عن آبائه عن الرسول (ص) ، وتوجيه الجماهير الى غيره من فقهاء ذلك العصر ، وبخاصة الامام مالك ، الذي أصبح في الشطر الاخير من حياته من أقرب الناس اليهم ، ولولاهم لم ينتشر فقه بتلك السرعة في أنحاء البلاد . ولكن العباسيين لم يفلحوا في القضاء على تلك الثروة التي تستمد قوتها وأصلتها من كتاب الله وسنة نبيه الكريم ، والتي اتسعت لجميع أبواب الفقه وفصوله ، وعختلف العلوم الاسلامية .

لقد استدل الاقمة بالآيات الكريمة في تشريعاتهم ، وبقاوال الرسول وأفعاله ، ووضعوا القواعد والمبادئ العامة للتشريع ، ومن تلك المبادئ ، وجد الفقهاء منفساً لهم في التعرف على الحلول الكافية لمشاكل الحياة وأحكام الحوادث المتجددة على مرور الزمن ، وأغنتهم عن القياس والاستعانة بالمصالح المرسلة وآراء الصعابة ، وغير ذلك من الاصول التي أعتد عليها فقهاء المذاهب في تشريع الاحكام ولو تيسر للفقه الجعفري الخروج من عزلته ، وابترازه بثوب يسهل للباحثين الاطلاع عليه ونشر المؤلفات الفقهية بالاساليب الحديثة بنحو تصحيح دراستها أمراً ميسوراً لكل من يجارب التعرف على فقه الشيعة وآراء علمائهم في مختلف مسائله ، لو تيسر للفقه الجعفري هذا الامر ، لكننا قد أخرجناه من عزلته ،

وأظهرناه الى العالم بواقعه ، وأحيينا جانباً من جوانب ثقافتنا العالمية الخالدة التي تسير الحياة وتعيش معها جنباً الى جنب .

لقد ظل الفقه الجعفري طيلة القرون الماضية في عزلة عن العالم بالرغم من سعته ، ووجود المؤلفات الضخمة الواسعة فيه ، ووجود آلاف العلماء في كل عصر منذ العصور الاولى للتشريع ، وبالرغم من فتح باب الاجتهاد وعدم التحجير على الافكار ، الذي يساعد على الانطلاق وكثرة الانتاج والتحرر من تقليد الماضين ، وهذا ما يشاهده الباحث المنصف بالفعل عندما يقارب بين الفقه الشيعي وغيره ، فيجد الشيعة منذ أقدم عصورهم لا سيما بعد ان اتحت دائرة الاجتهاد عندهم ، أكثر انتاجاً ، وأوسع تفكيراً ، وأقرب في أحكامهم الى كتاب الله وسنة نبيه (ص) ، بينما يجد الجهود والركود قد سيطر على فقهاء المذاهب الأخرى ، وأصبح لفقهاء طابعاً خاصاً قد اتسم به وهو طابع التقليد الامى ، والتبعية لآراء السابقين وتقليدهم ، ولذا فان عمل الفقهاء المنتسبين الى المذاهب الأربعة مقصور على الشروح ، وتأليف الكتب الجامعة لآراء أئمة المذاهب وتلاميذهم .

ومع أن لفقه المذاهب الاربعة هذا الطابع المستهجن عند الباحثين والمفكرين نجدهم يعتمدون عليه في الغالب ويتجاهلون الفقه الجعفري ، وقد استعانوا به على وضع بعض القوانين المتعلقة بالعقود واستمدوا منه بعض النظريات والافكار ، ويمكن تحليل ذلك بأن الشيعة ظلوا منكسرين على أنفسهم منذ أقدم العصور ، ولم يجدوا من الحكماء في جميع الاقوار التي مروا بها ما يشجعهم على نشر آرائهم والدعاية لها ، بل وجدوا تصلباً ضدهم في جميع الشؤون التي تخصهم ، لذلك فان آثارهم لم تتجاوز أوساطهم .

على أن أعداد المؤلفات الشيعية الفقهية بالشكل التي هي عليه جعل من الصعب على الباحثين من العرب والمستشرقين الاطلاع عليها والاستفادة منها ، هذا بالإضافة الى أن الشيعة قد احيطوا بمجموعة من الافتراء وضعها اعدائهم بقصد التشويش

عليهم ، فأصبحوا ينظر الا جانب عن الاسلام كبعض الفرق المنقرضة التي لا تعكس وجه الاسلام الصحيح في تفكيرها وتشريعها وجميع آثارها .

وجمّل القول أن فقه المذاهب الاربعة بالرغم من أنه بقي جامداً طوال القرون العشرة التي مرت عليه ، وانحصرت مهمة العلماء طوال هذه المدة في شرح آراء أئمة المذاهب ودراستها ، دون أن يعنوا بتطويره وتتميمه ، بالرغم من كل ذلك فقد استطاع السنة أن يخرجوا فقههم إلى العالم ويساموا في عقد المؤتمرات العالمية التي اعترفت بأن التشريع الاسلامي يصلح لان يكون اسماً للتشريع ، وعلى الاقل أن يكون مصدراً من مصادره قائماً بذاته منذ أقدم عصوره .

قال الدكتور عبد الرزاق السنهوري : أن الشريعة الاسلامية لو وطئت اكفافها ، وعبدت سبلها لكان لنا من هذا التراث الجليل ما ينفع روح الاستقلال في فقهنا وقضائنا وتشريعنا ، ثم لاشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد فنضيء به جانباً من جوانب الثقافة العالمية في القانون .

ولم يقف الأستاذ الكبير السنهوري عند حدود الدعوة الى الافادة من التشريع الاسلامي والاعتماد عليه كمصدر من مصادر التقنينات العالمية الجديدة ، بل تجاوز هذه الناحية ودعا إلى عدم التقيد بالمذاهب الاربعة التي فرضتها السياسة على جميع الناس منذ الف عام تقريباً ، ما دامت المذاهب الاخرى كمذهب الامامية والزيدية يمكن الانتفاع بها الى أبعد الحدود .

قال في كتابه الوسيط شرح القانون المدني الجديد . وفي رأينا انه حيث ينبغي الرجوع الى الفقه الاسلامي في كتبه المعتمدة ، سواء كان هذا الفقه هو المصدر الرسمي الذي تستمد منه الاحكام ، ام كان هو المصدر التاريخي الذي تفسر في ضوئه النصوص التشريعية ، يجب أن يراعى أمران جوهران ، الاول هو عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الاسلامي ، فكل مذاهب الفقه يجوز

الرجوع إليها ، والاخذ منها ، ولا محل للوقوف عند أرجح الاقوال من مذهب أي حنيفة ، بل ولا التقيد بالمذهب الحنفي في جملة ، ولعلنا نذهب الى مدى أبعد فنقول أنه لا موجب للتقيد بالمذاهب الاربعة المعروفة هناك مذاهب أخرى كمذهب الامامية والزيدية يمكن الانتفاع بها الى حد بعيد «١»

ومع أن الدكتور السنهوري يرى من الواجب عدم التقيد بالمذاهب الأربعة وأن المذهب الامامي يمكن الانتفاع به الى حد بعيد في التقنيات العالمية الجديدة ، وأن عدم التقيد بمذهب معين يساعد على تجانس التقنين المدني وانسجامه على حد تعبير السنهوري في كتابه الوسيط «٢» ، مع أنه يرى ذلك ويدعو الى الأخذ بالمذهب الامامي والعمل عليه فهو في كتبه التي يقارن فيها بين التشريع الاسلامي ، والتشريع المدني ، يتجاهل الفقه الجعفري في الغالب ، وخاصته في كتابه مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، مع العلم بأن المجاميع الفقهية الشيعية لا تخلو منها مكتبة من المكتبات المنتشرة في البلاد الاسلامية وغيرها ، ولقد حاولت في الصفحات السابقة أن أقف على أسباب هذا التجاهل ، وذكرت لذلك سببين أو ثلاثة ولكن الاسباب الثلاثة مجموعها لا ترفع المسؤولية عن المؤلفين الاعلام أمثال السنهوري الذين يرون التقيد بمذهب معين من بين المذاهب الكثيرة اساءة الى العلم ، وتذكراً للحقيقة ، لا سيما والمجاميع الفقهية في متناول الجميع ولا أحسب أن في دراستها مشقة على هذه الفئة من المشرعين الاعلام ، ولو تتبعوها بحثاً ودراصة لوجدوا فيها ما يؤكد لهم بأن التشريع الجعفري قد سبق الفقه المدني في كثير من نظرياته الحديثة التي انتهت اليها التقنيات العالمية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بعد المرحلة الطويلة والتطورات الكثيرة التي مرت بها .

إن على المؤلفين في هذه المواضيع ، والذين يدعون الى عقد المؤتمرات مقارنة بين التشريع الاسلامي والقوانين الوضعية الاجنبية وغيرها أن يتقيدوا بمذهب

---

(١) انظر الوسيط ص ٤٩ . ٢ - انظر نفس الصفحات الوسيط السنهوري .

ين من المذاهب الاسلامية ، وأن يرجعوا الى فقه الشيعة ، ذلك الفقه الذي  
تمد قوته وأحاطته من كتاب الله ومنه نبيه الكريم ومن العقل ، ولا يعتمد  
أصوله وقواعده على غير هذه الاصول الثلاثة ، أما القياس والاستصحاب  
المصالح المرسدة وغير ذلك من الاصول التي ليس في النصوص الشرعية ما يدل  
على أنها من أصول التشريع ، هذه الاصول لا يعتمد عليها الجعفرين في  
شريعائهم ، ولا يرجعون اليها في مقام التفريع واستنباط الاحكام .

وسيجد القراء الكرام في هذا الكتاب غاذج من فقه الجعفرين في العقود  
وغيرها ، حاولت فيها أن أعرض أشهر الآراء بينهم في مختلف المواضيع ، ولم  
أعرض لغير المشهور من الآراء في الغالب الا لإبراز الفكر الشيعي المتحرر من  
الجمود والتبعية على واقعه .

وقاومت بين آراء الجعفرين وغيرهم من شرعيين ومدنيين في أكثر المواضيع  
التي اشتمل عليها هذا الكتاب ، وقد تحررت جهدي لإبرازها على واقعها معتمداً  
على أوثق المصادر الشرعية وغيرها .

ومنه سبحانه استمد العون والتوفيق ، وان يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه  
الكريم انه قريب مجيب .

## بحوث تمهيدية

١

### الاجتهاد عن الشيعة

لا يختلف الحال بين المعنيين القوي والاصطلاحي للاجتهاد من حيث المآخذ ، فهو بمعناه القوي منقزع من بذل الجهد ومن استعمال الانسان لجميع امكانياته وطاقاته للتوصل الى اغراضه واهدافه على اختلاف انواعها . وبديهي ان هذا المعنى لا يصدق بالنسبة الى الامور اليسيرة كنقل الكتاب من مكان لآخر ونحو ذلك من الافعال التي لا تكلف فاعلها شيئاً .

هذا المعنى القوي للاجتهاد يتفق مع المعاني الاصطلاحية له عند الفقهاء والأصوليين فسواء فسرناه بالمعنى الحديثي الذي هو عبارة عن بذل الجهد واستفراغ الوسع في سبيل تحصيل الظن بالحكم الشرعي ، أو بذل الفقيه طاقته وامكانياته لمعرفة الحكم ، أم فسرناه بالملكة التي تحصل بعد الدراسة والممارسة ، والتي بها يستطيع الانسان تحصيل الأحكام عن ادلتها الى غير ذلك من التعديلات المدونة في كتب الأصوليين ، فهو بجميع معانيه لا بد فيه من بذل الجهد والتبعية

---

(١) كما نص على ذلك كل من العلامة الحلي والعاجبي ابن العاجب هو هشام بن صر بن ابي بكر المالكي صاحب الكافية ومختصر الاصول توفي سنة ٦٤٦ هجرية .

والاستقصاء الكامل ، وبخاصة لو فسرناه بالملكة بما هي صفة قائمة بالنفس ، فأن  
الملكة لا يمكن ان تحصل الا بعد الممارسة والدراسة وتتبع الأدلة وبذل جميع  
الإمكانات في سبيل معرفة الاحكام .

ومهما كان الحال فواء فرنا الاجتهاد بالمعنى الحدتي الذي هو عبارة عن بذل  
الجهد واستفراغ الوسع في سبيل تحصيل الظن او العلم بالاحكام ، ام فسرناه بالملكة  
التي تحصل من التتبع والدراسة واستقصاء الادلة، بنحو يصبح الانسان قادراً على  
استنباط الاحكام من اولتها ، فاي المعنيين اريد منه فهو مفروض على المكلفين من  
باب المقدمة لامثال الاحكام ، ولولا السر والخرج واختلال النظام ، لكان من  
الواجبات العينية الموجهة الى كل مكلف بعينه ، ذلك لان الاحكام موجهة الى  
الجميع ، ولا بد من امتثالها بحكم العقل تهرباً من الضرر المترتب على العصيات ،  
بالاضافة الى النصوص الآمرة بالطاعة لله ورسوله ، ولا يمكن الامثال الا بعد  
العلم بالاحكام ، او الظن بها ، والطريق الى معرفتها بعد انسداد باب العلم ينحصر  
بالرجوع الى الكتاب والسنة وغيرها من ادلة التشريع ، وهذه الادلة حتى ما كان  
منها قطعي الصدور لا تفيد اكثر من الظن في الغالب ، وبما لا شك فيه ان  
الظنون التي تحصل للمجتهد من تلك الادلة اقرب من غيرها الى الواقع بالنسبة اليه ،  
وفي هذه الحالة لا يطمئن ببراءة ذمته فيا لو اعتمد على غيرها من الظنون التي تحصل من  
الرجوع الى غيره ، فيحكم العقل بوجوب الاجتهاد مقدمة لامثال الاحكام المطلوبة كافة .  
ولكن الوجوب العيني لما كان مستلزماً للسر والخرج وموجباً للاخلال بالنظام ، لم يكن  
بد من الاكتفاء بوجوبه الكفائي ، هذا بالاضافة الى النصوص الكثيرة التي تدل على  
جواز التقليد ، وان غير العالم عليه ان يراجع المجتهد في امور دينه . ( ١ )

وعلى كل حال فقد استدلل اكثر الفقهاء على فتح باب الاجتهاد بالامور التالية :  
الاول : ان العلم بالاحكام متعسر بالنسبة الى جميع المكلفين ، ولذا انسدت باب العلم

---

( ١ ) انظر هداية السائردين في شرح المعالم للفرزا عمدة تقي مبعث الاجتهاد والتقليد .



بالاحكام مع القطع ببقاء التكاليف تعين الرجوع الى الظن والاخذ بالظنوت التي  
دلت على حجيتها الأدلة من الكتاب والسنة وغيرهما ، وليس المعنى بالاجتهاد الا  
الرجوع الى الادلة لتحصيل الظن بالاحكام .

الثاني : الاجماع الذي نص عليه جماعة من العلماء ، قال المرزا محمد تقى في  
هداية المسترشدين : وهو معلوم من ملاحظة الطريقة الجارية المستمرة في سائر  
الاعصار والامصار بين الشيعة ، وملاحظة كتب الفتاوى والاستدلال كافية  
في العلم به . ( ٢ )

الثالث : النصوص الصحيحة التي تشير الى وجوب الاجتهاد ، فقد روى زرارة  
وأبو بصير وغيرهما عن الامامين الباقر والصادق «ع» انها قالوا لجماعة من  
أصحابها .

« ان علينا إلقاء الأصول وعليكم التفريع » ومعلوم أن تطبيق الأصول  
العامة والقواعد الكلية على الجزئيات انما يكون في الغالب من جهة  
ظهورها في تلك الافراد ، والظهور ، لا ينتج في الغالب الا الظن بالاحكام .

على أن الافهام والانظار تتفاوت في اصل الظهور ومقدار سعته ، وقد  
يتوقف اثبات الدلالة على بعض الوازم ، وبعض المقدمات والملابسات التي  
تحيط بذلك الاصل العام ، فلا بد من الاجتهاد في مقام تطبيق تلك الأصول على  
جزئياتها وفروعها .

ومن ذلك بين ان الائمة «ع» هم الذين فتحوا باب الاجتهاد لتلامذتهم ،  
وفسحوا لهم المجال في الاعتماد على الظنون الخاصة من ظواهر الكتاب والسنة ،  
ومن تطبيق الأصول والقواعد العامة على الجزئيات والفروع .

---

( ١ ) نفس المصدر .

### المراحل التي مر بها الاجتهاد

من الحقائق الثابتة أن الاجتهاد قد ابتدأ محدوداً ضيقاً واتسع على مرور الزمن بتطور الحياة وتجدد الحوادث واتساع الافكار ، فبعد انتهاء التشريع بوفاة الرسول «ص» احسن المسلمون في المدينة بأنهم هم المسؤولون عن تبليغ الأحكام وتطبيق الكليات على جزئياتها واعطاء الحوادث التي أطلت معالمها عليهم الأحكام التي تناسبها ، تلك الحوادث التي كان الكثير منها لا يشبه ما مضى من الحوادث التي أخذ الناس احكامها من الرسول «ص» فرجعوا الى الكتاب والسنة وبدون شك ان آيات الاحكام ونصوص الرسول الواردة في مقام التشريع بالاضافة الى انها ليست وافية ببيان جميع الاحكام ، بالاضافة الى ذلك لا تقيّد في الغالب اكثر من الظن من حيث دلالتها وانطباقها على الجزئيات المختلفة ، وكل المت عليهم الحاجة بسبب اختلاطهم بغيرهم من الأمم التي لها أعرافها وعاداتها وجدوا أنفسهم في أمس الحاجة الى مصادر أخرى للتشريع تؤمن لهم معرفة الاحكام التي لم يجدوا اليها في كتاب الله وسنة نبيه «ص» ، فرجعوا الى القياس والاجماع كما يبدو من تتبع المراحل التي مر بها التشريع الاسلامي في تلك الفترة من تاريخه ، ولعل من أصدق الشواهد على ذلك تلك الوثيقة التاريخية التي زود بها عمر بن الخطاب أبا موسى الأشعري حيناً أرسله والياً على الكوفة .

وقد جاء فيها : أعرف الاشياء والامثال ، وقس الامور بعضها على بعض ، وجاء في بعض المرويات عن شريح القاضي ان الخليفة كتب اليه ، اذا أتاك امر فاقضي فيه بما في كتاب الله ، فان أتاك ما ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله «ص» ولم يتكلم فيه احد ، فلن شئت ان تحتد رأيك فتقدم .

وقد أشار بقوله ولم يتكلم به أحد الى الاجماع الذي وضع نواته الشيفان ، وكان يحصل من اتفاق الثلاثة او الاربعة على الحكم كما تدل ذلك اكثر المصادر

## التاريخية (١٩) .

وقال ابن خلدون في مقدمته : أن الاجماع والقياس حدثا ايام الصحابة وبعدها صارت أصول الفقه أربعة (٢٠) .

ويدعي أكثر المؤلفين في تاريخ التشريع من السنة ، أن الرسول نفسه هو الذي فتح للسلمين أبواب الاجتهاد ، ووضع النواة الأولى للاجماع والقياس كما تشير الى ذلك بعض الروايات عنه ، انه قال : ما اجتمعت امتي على ضلال ، ويد الله مع الجماعة ، وأنه أوصى معاذ بن جبة حينما أرسله الى اليمن ليقضي بين أهلها ، أن يجتهد برأيه فيما لانص فيه ، ويعيس الاشياء بالاشياء ، والنضائر بمنثلها ، ولم تقتصر الحاجة على القياس والاجماع ، بل كانت تتسع دائرة الاجتهاد كلما بعد الزمن عن عصر الصحابة ، واتسعت المعارف ، وتباينت آراء العلماء في أفضيتهم وفتاويهم ، وانتشر الوضع في الحديث الى غير ذلك من الملابسات التي أدت الى مضاعفة جهود العلماء في مقام البحث عن الأحكام ، واعطاء الحوادث والموضوعات المتجددة الاحكام المناسبة لها ، وفي الوقت نفسه تضاعفت أصول الاحكام ، فجاء دور الاستحسان والاستصلاح والعرف العام ، واقضية الصحابة وفتاويهم ولعب القياس دورا بارزا في تفريع الفروع واستنباط الأحكام عند أكثر الفقهاء وبخاصة الاحناف منهم .

أما الاجتهاد عند الشيعة فلم يكن بتلك السعة التي كانت له عند غيرهم من الفقهاء في عصر الامّة (ع) ، ذلك لان الشيعة في القرنين الاول والثاني وفي الشطر الاول من الثالث كانوا يرجعون الى الامّة (ع) في امور الدين والعلماء في كل قطر وبلد ينقلون آرائهم ومروياتهم الى الناس مباشرة ، كما كان المسلمون الأولون يأخذون

---

(١) انظر تاريخ الفقه الجعفري المؤلف من ١٨٢ وما بعدها وتاريخ التشريع للخضري وتاريخ الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف . (٢) المصادر السابقة .

عن الرسول (ص) مباشرة او بواسطة من يرسلهم (ص) الى الاقطار لتعليم الأحكام ، ولم تدع الحاجة في عصر الائمة (ع) الى اكثر من تلهم اقوالهم وتطبيق الاصول العامة التي كانوا يضعونها احياناً على الجزئيات الخارجية ، وبجمل القول ان الاجتهاد عند الشيعة بدأ يتسع عندما اشتد الحصار على الائمة (ع) من السلطات الحاكمة ، وعندما انتشر الحديث المكنوب عليهم بين المرويات الصحيحة عنهم ، بما أدى الى العناية بالحديث وتصفيته من الاحاديث المدسوسة بين أحاديثهم ، وكانت مهمة الفقيه الشيعي في عصر الائمة (ع) لا تتعدى نقل آرائهم واحاديثهم الى الناس بعد تصفيتها من المرويات المكنوبة ، ومع ذلك فإن باب العلم بالأحكام لم يكن مسدوداً ما دام الامام موجوداً ومعروفاً بين الناس ، لإمكان اخذ الحكم منه مباشرة او بالواسطة .

ولما انتهى عصر الائمة (ع) بوفاة الامام الحادي عشر ، وجاء دور المهدي المنتظر (ع) واصبح من المتعذر الاتصال به مباشرة ، انسد باب العلم بالأحكام ، لان الطرق الموصلة اليها في الغالب لا تنتهي الى العلم ، حتى ما كان قطعي الصدور منها كالكتاب والسنة المتواترة كما ذكرنا ، ففي هذا الدور اصبح الاجتهاد يتطلب جهداً اوسع مما كان عليه في عصر الائمة (ع) ، ذلك لان المرويات الصحيحة قد اختلطت بغيرها ، والاصول الاربعية التي جمعها الرواة من احاديث الائمة (ع) قد فقد اكثراها ، وظهرت بين الرواة بوادر الانحراف عن العقيدة الشيعية الصحيحة التي تنظم الائمة الاثنا عشر (ع) ، وتضاعفت الوسائط بين الامام والراوي الاخير ، وظهر على بعض المرويات التقطيع والاضطراب في صيغة الرواية وفقدان السند الذي يربط الرواية بمصدرها ، كما جرى ذلك بالنسبة لأكثر مرويات محمد بن عيسى (ع) الى غير ذلك من الظروف والملازمات التي احاطت

---

(١) محمد بن ابي عمير من تلامذة الأمامين موسى بن جعفر وولده الامام الرضا (ع) وقد بلغت مؤلفاته اربعمائة وتسعين كتاباً في الحديث وغيره . ولما حبسه الرشيد تلفت اكثر كتبه وكان قد دفنها في التراب خوفاً من الرشيد ففاته اكثر الاسانيد ، توفي سنة ٢١٧ .

بالسنة ، وبخاصة ما جاء منها عن طريق الائمة (ع) هذا بالإضافة الى الاختلاف الذي ظهر بين العلماء في احكام الحوادث وتعدد الآراء في المسألة الواحدة منذ بدأ العلماء في تدوين الفقه وتوزيع الحديث على أبوابه حسب ما يناسب كل منها ، لهذا ولغيره اتسع مفهوم الاجتهاد ، وقضاغت جهود العلماء في تحصيل الاحكام بالبحث عن الروايات من حيث دلالتها وسندها وجميع ما يحيط بها ، وعن آراء العلماء لتحصيل الاجماع الذي اصبح من اصول التشريع باعتبارها كاشفاً عن رأي الامام (ع) ، أو عن الاصول التي يتعين الرجوع اليها عندما يتعسر عليهم الدليل على الحكم المشكوك .

ومهما كان الحال فالاجتهاد عند السنة والشيعة كان في القرون الاولى من ابرز العوامل التي ساعدت على ازدهار النهضة العلمية في مختلف العواصم الاسلامية ، تلك النهضة التي اعطت ذلك النتاج الطيب ، وامتدت الفكر والمكتبة الاسلامية بتلك الآثار الغنية بمختلف العلوم ، والتي لا تزال منهلاً عذباً لرواد العلم ، بالرغم من مرور ما يقرب من ألف عام على أولئك الاعلام ، ولكن جريمة التحجيز على الافكار ، التي كانت نتيجة لسد باب الاجتهاد في القرن الرابع الهجري ، فرضت على علماء السنة ان يقفوا عند آراء اربعة من العلماء خاشعين كأنها من وحي السماء ، او من سنن الانبياء .

وقد ارجع بعض الكتاب الاسباب الموجبة لسد باب الاجتهاد الى اربعة امور ، الاول : انقسام الدولة الاسلامية ، وتناحر ملوكها ، وحكامها على الحكم ، مما اوجب انصرافهم عن العلماء وعن العلم ، وانقسام العلماء تبعاً لرجال السياسة .

الثاني : انقسام العلماء على بعضهم ، وتعتمد المدارس العلمية ، وتعصب القائمين عليها واتباعهم لأرائهم ، وتجرد العلماء لتأييد آرائهم ، وهدم آراء الباقيين بكل امكانياتهم .

الثالث انتشار المتطرفين من العلماء وتزاحمهم على القضاء والفتوى ، واغراء  
 العوام والمفلقين بأرائهم ، بالإضافة الى شيوع الامراض الخلقية بين من يسمون  
 انفسهم بالعلماء كالتمسك والتباغض ، والتراشق فيما بينهم بالتكفير والتسقيط ،  
 وتوهين كل منهم لآراء الآخرين ، فلم يعد بالامكان الوقوف في وجه هذه الفوضى  
 الا بسد باب الاجتهاد ، وحصر المذاهب في الاربعة ، وتم هذا التدبير من حكام  
 القرن الرابع الهجري ، على يد المنتصر العباسي بعد موافقة جماعة من علماء عصره  
 على هذا الأمر . (١٥)

وبذلك انتقل العلماء من دور الاستقلال والتحرر الفكري الى دور الجود  
 والتبعية لأربعة من العلماء أقصى ما يمكن أن يقال فيهم انهم قد اجتهدوا في الفقه  
 الاسلامي ، وكونوا لأنفسهم فيه جماعة من الآراء تختص بهم دون سواهم في  
 الأصول والفروع ، ونهي لهم ما لم ينهي لسواهم من الفقهاء . ويبدو أن بعض  
 الكتاب يحاول من وراء سرد هذه الأمور أن يبرر هذا التصرف الأحمق الذي  
 يقضي على المواهب ويمجد من سلطة العقل ، ويجمعه عبداً بعد أن كان سيداً يحكم  
 بما يريد .

ولو افترضنا أن الوضع كان بهذه الحالة السيئة ، وأن الحكام الذين قاموا  
 بهذا التدبير ، كانت غايتهم الوقوف في وجه الفساد ، وقطع دابر الفوضى ، لو  
 افترضنا ذلك ، ولكن تجاهلهم للمذهب الجعفري بيعت على التساؤل ، ذلك لأن كل واحد  
 من المذاهب الأربعة لم يكن أوسع منه انتشاراً في الوقت الذي تم فيه هذا التدبير  
 من قبل السلطات الحاكمة ، ولا القائمين على نشر تلك المذاهب وعلى الدعاية لها  
 باكثر علماً وأوسع ميئاً من علماء المذهب الجعفري ، ولم يكن شيخ ائمة  
 المذاهب الاربعة أبو حنيفة يتصور في يوم من الأيام أن تصبح آرائه وأحكامه  
 مذهباً رسمياً يسوغ العمل بها لكل انسان ، وآراء جعفر بن محمد وأبيه الباقر «ع»

---

(١) انظر خلاصة التشريع للاستاذ عبد الوهاب خلاف .

دخيلة على الاسلام ، وهو الفخور بدراسه على الامام الصادق والقائل لولا الستنان  
لهلك النيمان .

واذا لاحظنا ان الذين تولوا هذا الامر قد تجاهلوا المذهب الجعفري بالرغم من  
أن أي مذهب من المذاهب الأربعة لم يكن أوسع منه ولا أقرب الى منطق  
القرآن والسنة ، وبالرغم من أن دعائه والقائين على نشره كانوا في كل عصر من  
خيرة علماء المسلمين واكثرهم انسجاما مع منطق القرآن وروح الاجلام ، وكانت  
صيتهم يتسع ووجودهم يفرض نفسه حتى على أخصائهم وعلى جميع الطبقات ،  
اذا لاحظنا جميع ذلك لا نكون مباليين ولا مغالين لو قلنا بأن محاصرة  
المذهب الجعفري وقطع الطريق عليه كان من جملة الأهداف المحيية الى الذين  
قاموا بهذا الأمر ، ذلك لأن هذه الظاهرة كانت تبعث في نفوس أخصام الجعفرين  
الحرف من أن يصبح المذهب الجعفري المذهب الاسلامي الأول .

وحصر المذهب في الاربعة حسب تفكيرهم من جملة الوسائل التي نعد من شهرته  
وانتشاره وتحول بينه وبين الجماهير الاسلامية ، وبالتالي يصبح دخيلاً على الاسلام لا يجوز  
التدين به ولا العمل عليه لأي كان من الناس كما انتهى الامر الى ذلك طوال هذه  
العرون عند أهل السنة .

ولكن ذلك لم يثن من عزيمة الشيعة ، ولم يحيد من صلاحية المذهب الشيعي  
ونشاطه ، ومضى الفكر الشيعي حراً طليقاً نحو أهدافه يتعدى الذين أرادوا  
له الجحود والركود وأرادوا للمذاهب الأربعة الحياة والخلود .

أما وقد انتهينا الى هذه المرحلة لا بد لنا من وقفة قصيرة مع الاستاذين محمد  
يوسف موسى ، وأبي زهرة وغيرهما ممن يرى أن الاجتهاد عند الشيعة لا يختلف  
حالاً عن الاجتهاد عند فقهاء المذاهب الأربعة ، فلقد رجح الاستاذ أبو زهرة في كتابه  
الامام الصادق (ع) بعد أن صنف الاجتهاد الى مطلق ومنتسب على حد تعبيره ،

ان الاجتهاد الشيعي من النوع الثاني لان المجتهد المطلق هو الذي يرسم ويخطط لنفسه منهجاً خاصاً في الفروع والاصول، ومنه يستنبط الاحكام، ويفرع الفروع، وأضاف الى ذلك ان المجتهد الشيعي ليس من هذا النوع، واستطرد يقول: وفي الحق أنه اذا لم يكن من المجتهدين المنتسبين، فلا يمكن أن يعملوا الى مرتبة المجتهدين المطلقين الذين يشقون الطريق بأنفسهم الى الكتاب والسنة الحميدة، ويرسمون الخطوط ويحدون الحدود لما يجوز وما لا يجوز.

وقال الاستاذ محمد يوسف موسى في كتابه المدخل لدراسة نظام المعاملات: أما الائمة عند الشيعة فهم معصومون عن الخطأ في الاحكام فما يرونه يعتبر بمثابة النصوص من قبل الشارع، ولا ندرى مع هذا كله ما معنى الاجتهاد الذي يرون من مغايرهم القول بجوازه دائماً، ومرجع الاحكام الشرعية هم الائمة دائماً لا غيرهم (١)،

ويبدو من ذلك أن الملاحظة التي أبداهما أبو زهرة والدكتور محمد يوسف مرجعها الى ان العالم الشيعي مهما بلغ في علمه لا يسوغ له أن يتخطى ما رسمه الائمة «دع» في الفروع والاصول، ولا يستطيع ان يشق الطريق بنفسه الى الحكم الشرعي المجهول، فهو في جميع الحالات يتتبع الخطوط التي رسمها له الائمة للحصول على أحكام الكتاب والسنة، والاجتهاد في هذا الاطار يرجع الى التقليد في واقعه، ولا يختلف بشيء عن الاجتهاد عند فقهاء المذاهب الاربعة، ونحن لا لا نذكر أن الفقيه الشيعي ليس له أن يتخطى ما رسمه له الائمة «دع» ولكننا لا نعتبر الامام مجتهداً كما هو الحال في ائمة المذاهب عند أهل السنة، بمعنى أن الأحكام التي نص عليها، والمبادئ التي رسمها وخططها الامام للحصول على الأحكام ليست من وحي الاجتهاد ليكون كثيره من ائمة المذاهب الذين اجتهدوا في أحكام الدين، بل إن نظرهم الى الامام تختلف عن ذلك اشد الاختلاف، ذلك لأنهم يرون

---

(١) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات للدكتور محمد يوسف ص ١٦١ والامام الصادق لابي زهرة ص ١٣٩ و ١٤٠.



الائمة مصدراً من مصادر التشريع فيما يأتون به من آراء وأحكام وغير ذلك من غير فرق بينهم وبين الرسول (ص) الا من حيث ان الرسول يتلقى عن الوحي بلا واسطة وهم يأخذون عن الرسول ما أوحى اليه برويه المتقدم للتأخر ، فما رسموه وخططوه لمعرفة الاحكام هو من تخطيط النبي (ص) ويؤكد ذلك ما جاء عنهم في جملة من المرويات أن حديثهم حديث رسول الله ، وانهم اذا حدثوا وحكموا بشيء لا يجدون ولا يحكمون الا بحكم الله وحكم رسوله ، وأن ما يخالف كتاب الله من المرويات عنهم ليس من اقوالهم ، ولا من أحكامهم ، على أن الفقيه الشيعي لا يقتصر على المرويات عن الائمة في التوصل الى الاحكام ، بل يعتمد بالاضافة الى احاديثهم على كتاب الله والمرويات عن النبي (ص) ، وعلى السير القطعية وبناء العقلاء وحكم العقل ، وغير ذلك مما يوجب الاطمئنان بالاحكام التي يحاول الحصول عليها .

ومن ذلك تبين ان رجوع الشيعة الى الائمة لا يختلف بشيء عن الرجوع الى النبي والكتاب الكريم ، فكما ان الرجوع الى الاصلين الكريمين والأخذ منهما لا يمنع من صدق الاجتهاد ، كذلك لا يمنع الرجوع الى الائمة والأخذ عنهم لأن حديثهم حديث الرسول واحكامهم من وحي القرآن والرسول (ص) . ومن الغريب ان الاستاذ ابا زهرة وغيره يرون ابا حنيفة وغيره من ائمة المذاهب من المجتهدين الجامعين لجميع مقومات الاجتهاد المطلق ، مع انهم يعتمدون على اقوال الصحابة ورائهم وروايتهم من ادلة التشريع كالكتاب والسنة وغيرهما ، وربما يخصصون ويقيّدون بها عمومات الكتاب ومطلقاته (١) ولا يرون الفقيه الشيعي مجتهداً لأنه يأخذ بأقوال الامام الصادق وغيره من الائمة من حيث ان اقوالهم واحاديثهم تعبر عن اقوال الرسول (ص) واحاديثه ، مع العلم بأن ابا حنيفة وغيره يعتمدون على رأي الصحابي وقتاده ولو كان مصدرهما اجتهاده .

---

(١) انظر المدخل للدكتور محمد يوسف ص ١٣٠ .

وجمل القول ان الفقيه الشيعي انما يعتمد على المرويات عن الائمة وعلى ما  
خططوه ورسومه لاستنباط الاحكام ، باعتبار ان جميع ما ورد عنهم لا يتعدى  
حدود الكتاب وسنة الرسول ( ص ) وليس من وحي الاجتهاد الديني بخطيه  
ويصيب ، ولو افترضنا ان الوقوف عند اقوال الائمة ومخططاتهم يتنافى مع الاجتهاد  
المطلق على حد زعم الاستاذ ابي زهره ، والدكتور محمد يوسف ، لزمنا ان  
ننكر الاجتهاد المطلق من اساسه ، لان جميع فقهاء المسلمين يقفون عند حدود  
الكتاب والسنة ، ولا يتعدون مخططاتها بادعائهم ، وقد ذكرنا ان ابا حنيفة  
وبعض ائمة المذاهب الاخرى لا يتعدون اقوال الصحابة ويعتمدون عليها كما  
يعتمدون على الكتاب والسنة .

ومهما كان الحال فالتدابير التي اتخذها الحاكمون لحصر المذاهب في الاربعة  
بحجة التنظيم وقطع دابر الفوضى كان من ابرز نتائجها الجود والركود اللذان  
سيطر على تفكير الفقهاء وظهر في مؤلفاتهم واراؤهم الفقهية ، واصدق شاهد على  
ذلك ان الفقهاء بعد سد باب الاجتهاد اصبحوا ينظرون الى آراء ائمة المذاهب  
الاربعة كوحى منزل لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، وقد جاء في  
بعض المرويات ان ابا الحسين الكرخي احد المبشرين بين فقهاء الاحناف في القرن  
الرابع ، كان يقول : لو خالف رأي ابي حنيفة الآية والحديث لا بد من تأويل  
الآية والحديث او الالتزام بنسخها ( ١ ) بينما نجد فقهاء الشيعة لا يقولون في تقديس  
آراء ائمتهم الى هذا الحد ، مع انهم يعتقدون بهم العصمة عن الخطأ في امور  
الدين .

وعلى كل حال فسد باب الاجتهاد مهما كانت دوافعه قد اوجد الباب في وجه  
انتشار المذهب الشيعي ، ولكن الشيعة لم يخضعوا لأرادة الحاكم ، ومضوا في  
طريقهم غير مباليين ولا مهادين ، وبقي الاجتهاد عندما يسير مع الزمن يتسع

---

( ١ ) طريق التشريع الاسلامي للضرمي ص ٢٢٥

ويطلب جهداً أكثر وأوسع كلما بعدت المسافة بينهم وبين عصر الامة (ع) وكان لتدوين علم الاصول وتطوره الأثر البالغ في تطور الاجتهاد ، واصبح الفقيه على مرور الزمن يحتاج الى بذل الجهد والاحاطة بكل ما يسهل له طريق تحصيل الاحكام ، فبالنسبة الى النصوص لا بد وان تكون له خبرة بتحقيقها والتأكد من سلامتها من الخطأ والتعريف ، وسلامة روايتها وثوقهم في النقل بالرجوع الى كتب الجرح والتعديل ، والتأكد من حجية تلك النصوص اذا كانت من اخبار الآحاد التي لا توجب القطع بمضمونها .

وان يكون له خبرة بالمرجعات التي جعلها الشارع كملاجج للروايات المتعارضة ، وباللغة بالمقدار الذي يساعده على استخراج معانيها ، ولو بالرجوع الى كتب اللغة المعدة لشرح معاني الالفاظ وغير ذلك مما يتوقف عليه فهم الحديث وآيات التشريع ، ولا بد بالاضافة الى ذلك من أن يكون على صلة بتاريخ وجود الحديث والملابسات التي تحيط به ، والتناسخ والنسوخ ، والعام والخاص ، والمطلق والمقيد ، والتخصيص والتخصص ، والحاكم والوارد ، وغير ذلك من الجهات التي يتعين بسببها تقديم أحد الدليلين على الآخر ، وبالنسبة الى الطرق الاخرى التي جعلها الشارع مرجعاً عند الجهل بالحكم او الشك فيها اذا لم تتوفر الادلة عليه من الكتاب والسنة لا بد للفقيه من الرجوع الى ما هو محرر في كتب الاصول والاحاطة بتلك القواعد بنحو يصح قادراً على تمييز الصحيح منها من الفاسد ، ويمرر مواردنا واصول الجمع بينها ، ويمحصها تمحيصاً صحيحاً الى حد يكون لنفسه رأياً فيها ، ومن مجموع ذلك يحصل الاجتهاد سواء فسرناه بالملكية على تحصيل الادلة الموصلة الى الحكم الشرعي كما عرفه بعضهم ، او فسرناه بما جاء من العلامة الحلي والحاكمي ، بأنه استتاراع الوسع في تحصيل الظن بالحكم الشرعي ، اما اذا عرف النصوص ، وجميع الوسائل التي تنتهي الى كونها حجة مجعولة من الشارع ، ولكنه لم يعرف الادلة الاخرى على الاحكام ، ولا الاصول التي اعتبرها الشارع مرجعاً في حال الشك بالحكم ، او الجهل به ، هذا المقدار من المعرفة لا يكفي في حصول

الاجتهاد ، ولذلك فان الاجتهاد في العصور المتأخرة لم يعد بتلك البساطة التي كان عليها في العصور الاولى ، وأصبحت مقوماته في كل عصر تختلف عن سابقه ، وقد نص الغزالي على ان العلوم التي لا بد منها لتحصيل الاجتهاد ثمانية ، ثم ارجعها الى ثلاثة ، علم الحديث ، وعلم اللغة ، وعلم اصول الفقه (١) وهذه العلوم الثلاثة تستدعي ان يكون للانسان خبرة في غيرها من العلوم كما ذكرنا .

---

(١) انظر المستمعي ص ٩٠٣ من المجلد الثاني .

## الحق والحكم

٢

إذا كان تنظيم المجتمع من جهة الاهداف الرئيسية للشرائع والقوانين ، فان ذلك معناه انها يعينان اولاً وقبل اي شيء بيان ما لكل انسان من حقوق وما عليه من واجبات نحو غيره ، ومتى عرف كل انسان ما له وما عليه يصبح بالامكان قيام مجتمع صحيح يحفظ للفرد حقه وللجموع الخير والطمأنينة ، وقد تكرر استعمال هذين اللفظين في الشريعة الاسلامية في مختلف المواضيع ، وحاول الفقهاء التفرقة بينهما موضوعياً وتعرضوا للفرق بينها في خلال مباحث العقود والمعاملات ، الا انهم لم ينتهوا الى النتيجة الحاسمة التي غيّر كلا منهما عن الآخر ، ولا الى الخصائص التي يختص بها كل منهما ، ذلك لما بينهما من التقارب والتجانس في اكثر الموارد على انها قد يجتمعان في الشيء الواحد ومن امثلة ذلك ان البائع على المشتري الحق في استلام الثمن ، وتسليمه واجب على المشتري ، وللزوج حق الطاعة على زوجته ، والطاعة واجبة عليها ، وللوالد على ولده حق الاحسان ، وعلى الولدان بحسن لأبويه الى غير ذلك من الامثلة الكثيرة التي يلتقي فيها الحق والحكم .

ومن ناحية ثانية يمكن ان نقول : بأنه لا حق الا وفي مقابله حكم ، فليس لأحد من الناس على غيره حق الا وعليه واجبات لهم ، وليس لاحد واجبات على الغير الا وعليه حقوق في مقابلها ، والحق الذي نحاول الحديث عنه هو الذي

تكرر في كتب الفقهاء ، وتبين ببعض الآلات والاحكام ، كحق الشفعة ، وحق الخيار ، وحق التعجير ، وحق المرتن في العين المرهونة ، وحق الزوجة على زوجها في الاتفاق ، وحق المجني عليه المتعلق بالجاني ، وحق الاختصاص بالمباحات ونحو ذلك من الحقوق ، وكما ذكرنا ، لقد حاول الفقهاء ان يضعوا الحدود بين الحق والحكم لتمييز كل منها عن الآخر ، ولكنهم لم ينتهوا الى المعنى الذي تنتظم فيه جميع الافراد ، ولا الى الخصائص التي تميز كلا منهما عن الآخر ، ولذا فأن ما يراه بعض الفقهاء من افراد الحق احياناً ، يراه آخرون من الاحكام من حيث انه لا يقع عوضاً في المعاملات ، ولا يسقط بالاسقاط ، ولا ينتقل بالارث ولا يغيره من التنازل ، وقد فرق بينها السيد كاطم في كتابه شرح مكاسب الشيخ الانصاري بأن الحق نوع من السلطة على شيء متعلق بعين كحق التعجير على مال المدين المستحق ، وحق المرتن في العين المرهونة ، وحق الغرماء المتعلق في اموال الميت ، وقد يكون الحق متعلقاً بشخص او بعقد وغيرهما كحق القصاص المتعلق بالجاني ، وحق الخيار المتعلق بالعقد ، وحق القسم الثابت للزوجات ، وحق الاتفاق الثابت للزوجة على الزوج ونحو ذلك ، فهو مرقب من الملك او نوع منه مقصور على جهة خاصة من جهات التصرف .

اما الحكم فهو عبارة عن الترخيص في فعل شيء او تركه ، او الحكم بترتب اثر خارجي على فعل شيء او تركه ، وامره يعود الى الحاكم ، فليس للانسان رفعه او وضعه ، ولا يملك المكلف شيئاً من ذلك ، وهذا بخلاف الحق ، لانه نوع من انواع السلطة الثابتة له ، فحق الخيار في العقود اللازمة ، معناه ان الشارع قد جعل للمتعاقدين او لاحدهما سلطة على العقد من حيث امضائه وفسخه وملكه تلك السلطة ، وبذلك يختلف الجواز في العقود الجائزة عن حق الخيار في العقود اللازمة ذلك لأن مرجع الجواز في العقود الجائزة الى ترخيص الشارع للمتعاقدين في الفسخ والامضاء من غير ان يكون لاحدهما او لكليهما سلطة مجمولة من الشارع على ذلك ، فالجواز في العقود الجائزة نظير جواز شرب الماء ، واكل اللحم ونحو

ذلك من موارد الترخيص التي لا ترجع الى جعل السلطنة للانسان ، اما الجواز في العقود اللازمة ، فان المجهول للشارع فيها هو السلطنة على امضاء العقد ونفسه ، وهي اي السلطنة المجهولة من الحقوق ، ونفس الجعل الذي هو عبارة عن اعتبار السلطنة من الاحكام ، كما ان اعتبار الاعيان والأموال ملكا هو من الاحكام ايضاً (١) .

وجعل القول ان الحق والملك كلاهما سلطنة مفعولة للمالك وذي الحق الا ان هذه السلطنة اذا كانت كافية لبيع انشاء التصرفات والتقلبات في الاعيان والأموال تسمى ملكاً ، واذا لم تكفي لهذه الغاية اما لقصور الاضافة بين الشيء الذي هو احد طرفي الاضافة وبين من له السلطنة ، كما في سلطنة المهرجن على العين المهرونة التي لا تتجاوز تسلطه على استيفاء دينه ، واما لقصور متعلق السلطنة كالعقد موضوع الحياز ، فانه لا يقبل غير الفسخ او الاجازة ، وسلطنة الشفيع على تلك الحصة المبيعة بالثمن الذي اتفق عليه مالكا مع المشتري ، هذا النوع من السلطنة يسمى حقاً ، وعلى هذا فالمجهول الشرعي اذا لم يستتبع السلطنة على الاعيان والمنافع وغيرهما من الأموال يكون حكماً .

وبذلك يتضح الحال في بقية المصاديق التي اطلق عليها بعض الفقهاء اسم الحق ، كجواز رجوع الواهب في هبه ، وحق الابوة الثابت للأباء على ابنائهم ، وحق الجار على الجار ، والسبق الى المساجد والمباحات العامة ، ورجوع المطلق في الطلاق ، والولاية على الصغير والمعتوه ، وحق الإستمتاع بالزوجة ونحو ذلك ، فإن الشارع في مثل ذلك لم يجعل السلطنة لأحد على الآخر وانما حكم الشارع في كل مورد من هذه الموارد بالحكم المناسب له ، ولذا فإن آثار الحقوق ولوازمها لا

---

(١) انظر حاشية السيد كاظم اعلى المكاسب ص ٥٥ ويظهر من السيد محمد بحر العلوم في مכתابه بلغة القضية تبنيه لهذا الرأي حيث اعتبر الحق هو السلطنة المفعولة للانسان ، والحكم هو جعل تلك السلطنة ، وهو الذي رجحه الشيخ الانصاري في مكتبه في اول كتاب البيع .

تكريت في كثير من هذه الامثلة ، وقد نص الفقهاء على ان حق الابوة ، وحق  
الولاية التابت للعالم ، وحق الاستمتاع بالزوجة وحق الوصاية والسبق الى المساجد  
والمباحات الى غير ذلك من الامثلة لا تسقط بالاسقاط ، ولا تنتقل بالارث او  
بغيره من النواقل لغير الوارث ، والسقوط بالاسقاط والانتقال بالارث من أظهر  
خواص الحقوق واثارها .

وعلى كل حال فالفقهاء في تحديد المعنى المراد من الحق لم يلتقوا على امر جامع  
لجميع مصاديق الحق ، واكثر المصاديق التي ذكرناها واعتبرناها من الاحكام قد  
اطلقوا عليها اسم الحق ، ولذا فقد فصل بعضهم بين انواع الحقوق من حيث  
السقوط بالاسقاط ، والانتقال بالارث او بغيره من النواقل (١) .

وقد فصل القرافي في الفروق بين ما ينتقل الحقوق وما لا ينتقل منها مدعيًا بأن  
السقوط بالاسقاط والانتقال بالنقل ، ليسا من خواص الحقوق ولوازمها . وقال ان  
الحديث المروي عن الرسول ما ترك الميت من حق فوارثه لا يمكن الاخذ به على  
عمومه ، فمن الحقوق ما ينتقل ومنها ما لا ينتقل ، فمن حق الانسان ان يلاعن عند  
سبب العان ، وان يقي بعد الايلاء ، وان يعود بعد الظهار ، وان يختار من نسوته  
اربعا اذا اسلم ، وان يختار احدى الاختين ، واذا جعل المتبايعان له الخيار فمن  
حقه ان يملك امضاء البيع عليها وفسخه ، ومن حقه ما فوض اليه من الولايات  
والمناصب ، وبعد ان عدد الحقوق انتهى بالنتيجة التالية .

ان جميع الحقوق لا تنتقل الى الوارث منها شيء ، واضاف الى ذلك ان  
ما كان من الحقوق متعلقًا بالمال ، او بدفع ضرر عن الوارث في عرضه لتخفيف  
المه ، هذا النوع من الحقوق ينتقل الى الوارث ، اما ما كان متعلقًا بنفس المورث

---

(١) انظر حاشية السيد كاظم اعلى المكتوب وبلغة الفقيه ومكاسب الشيخ الانصارى وغيرهما  
من المجاميع الفقهية .



وعقله وشهواته فلا ينتقل الى وارثه ، وعلى الفرق بين الامرين . بأن الورثة يرثون المال وتوابعه ولا يرثون عقل المورث وشهواته ونفسه ، وبالاخرى ان لا يرثون ما يتعلق بهذه الامور ، واعتبر الامور التي اوردناها بما يعود الى ذات المورث ، كما عد خيار الشرط وخيار الشفعة على حد تعبيره ، وخيار تعيين المبيع فيما لو اشترى المورث عبداً من عبيد ومات قبل اختيار احدهما ، وخيار الوصية فيما لو مات الموصى له قبل موت الموصي وخيار الاقالة والقبول فيما لو اوجب المالك ومات المشتري قبل القبول او الرد كل ذلك ونحوه بما يعود الى ذات المورث لا ينتقل الى وارثه وغيره .

وقد نسب الى ابي حنيفة واحمد بن حنبل ان خيار الشرط لا ينتقل لوارثه ، كما نسب الى الاحناف عدم انتقال خيار الشفعة ، وجوز انتقال خيار الرد بالعيب وخيار تعدد الصفقة ، وحق القصاص والرهن وجس المبيع حتى يقبض الثمن ، وحق استحقاق الغنيمة قبل قسمتها .

اما حق رجوع الوالد على الولد في الهبة وخيار الطلاق كما لو قال الزوج لرجل آخر طلق زوجتي متى شئت ومات الوكيل قبل اختيار طلاقها ، فلا ينتقل لورثته هذا الحق ، ويبدو من ذلك ان الخلاف بين ائمة المذاهب الاربعة في خصوص خيار الشرط من الخيارات ، فقد جوز انتقاله الى الوارث الشافعية والمالكية ، وادعى الاحناف والحنابلة انه من الحقوق التي تقوم بصاحبها وترجع الى مشيئته واختياره وضافوا الى ذلك ان البائع قد رضي بخيار واحد ، فلم ينتقل هذا الخيار للوارث لزم ان يتعدد الخيار بتعدد الوارث (١) .

وقال الاستاذ محمد عبد الله أستاذ الشريعة الاسلامية في كلية الاسكندرية : ان

---

(١) ص ٢٨٦ و ٢٧٧ من الفروق ج ٢ و ص ٢٨٤ و ٢٨٥ من تهذيب الفروق للطبوع على هامش الكتاب المذكور .

الاحناف يرون خيار الرؤية من الحقوق التي غلب عليها الجانب الشخصي ، وما كان كذلك لا ينتقل بالارث ولا بغيره من النواقل ، و اضاف الى ذلك : ان فقهاء الشريعة الاسلامية قد اختلفوا في الحقوق التي لها شبهان شبه شخص وشبه مالي ، ونص اكثرهم على انها تنقل بالارث ، ورجح الاحناف والظاهرية اتباع ابن حزم الظاهري عدم انتقالها ، ومن ذلك خيار الشفعة وخياري الشرط والرؤية لان هذه الخيارات تابعة لرغبة صاحب الخيار ومشئته ، والوارث لا يرث غير الاموال ، وادعى المؤلف المذكور ان المحاكم الوطنية في مصر الى تاريخ ١٩٣٩ لم تتخذ مبدأ عاماً في هذه المسألة ، وكانت تختلف في احكامها وعلى الاخص فيما يعود الى حق الشفعة ، ومن ذلك للتاريخ اخذت مبدأ التوارث بعين الاعتبار ، لان الرجوع الى قانون الارث فيما ثبت كونه مالاً ، اما كون الشيء مالاً او ليس به فالمرجح فيه هو القانون الوضعي ، وقد نص على ان كل متقدم نافع للانسان يصح ان يستأثر به دون غيره فهو مال ، وكما يكون المال مادياً كالايمان يكون معنوياً كالحقوق التي لا تدرك الا بالتصور ، والاستشفاع من الحقوق التي توافرت فيها عناصر المالية ، وهي النفع ، والتقوم والاستئثار فوجب كونه مالاً ، وكل مال يورث (٢) .

وقد قاس الأصناف المتنافع على الحقوق ، وذهبوا الى ان المنافع لا تورث سواء كان تملكها بعوض كالاجارة او بغيره كالوصية ، فمن استأجر داراً لمدة ثلاث سنوات مثلاً او اكثر ، ومات قبل انتهاء المدة تبطل الاجارة ، ولا ينتقل حقه لوارثه ، ومن اوصى له بمنفعة عقار لمدة عشر سنوات مثلاً ، ومات قبل استيفاء تمام المنفعة تنتهي الوصاية بوفاة ، ولا ينتقل حقه فيها لوارثه ، وعلوا ذلك بأن المنافع من الاعراض ، والاعراض تتلاشى بمجرد وجودها ، والذي يقبل الانتقال بالارث لا بد من بقائه على ملك المورث الى اللحظة الاخيرة من

---

(١) انظر احكام الميراث لعمد عبد الله ص ٢٠ و ٢١ و ٢٢ وانظر بداية المجتهد لابن رشد ص ٢٠٩ و ٢١٠ .

وفاته ، ولا يتأتى ذلك الا في الأمور الثابتة المستقرة (١) ومن مجموع هذه الآراء المتضاربة المنسوبة الى ائمة المذاهب الاربعة تبين ان الخلاف بينهم في الحقوق وآثارها مرده الى ان الحقوق التي وقع الخلاف فيها ، هل هي من صفات صاحب الحق ينحو تتعلق بشخصه ، او انها متعلقة بالمال او الشيء موضوع الحق ، و اضافتها الى صاحب الحق باعتبار انه المالك للحق ، من حيث ان الحق لا بد فيه من الاضافة بين من له الحق وبين متعلق الحق ، وتلك الاضافة تسمى حقاً ، فاذا مات صاحب الخيار او من له الشفعة تبدل طرف الاضافة من المورث الى الوراث ، ويبدو من القائلين بأن حق الشفعة والخيار بأقسامه ينتقل الى الوراث وغيره قد اخذ هذه الناحية بعين الاعتبار ، كما اخذ القائلون بعدم انتقال هذه الحقوق الى الوراث وغيرهم بالناحية الأولى هذا من حيث الخلاف الواقع بين فقهاء المذاهب الاربعة .

اما خلافهم مع الجعفرين في هذه المسألة فليس من جهة ان هذه الحقوق من الأوصاف المختصة بمن له الحق او انها متعلقة بالأعيان والمنافع و اضافتها الى الشخص باعتبار انه المالك لها ، بل من جهة ان الأمور التي يعتبرونها من الحقوق منها ما هو من الأحكام ، ومن أمثلة هذا النوع ولاية الحاكم ، وحق الإباء على الأبناء وحق الجار على الجار ، والمؤمن على المؤمن ، وجوع الواهب بالهبة ونحو ذلك ، وهذه لا تسقط ولا تنتقل الى الغير من جهة انها من الأحكام المفعولة للشارع في مواردها لا من جهة قيامها بالأشخاص المخصوصين ، والأحكام امرها بيد المشرع ، ولا سلطة للمكلف عليها رفعاً ووضاً كما ذكرنا .

والقسم الآخر منها كحق الشفعة والرهانة والخيارات بجميع اقسامها وحق الاتفاق للزوجة الثابت على الزوج وحق القصاص الثابت للسبني عليه في رقبة الجاني وحق الدائن في أموال المدين ونحو ذلك ، وهذه الحقوق تسقط بالاسقاط وتنتقل

---

(١) المصدر السابق ص ٢٣ .

الى الوراث وغيرهم ، وقد ادعى الشيخ الانصاري في مكاسبه الاجماع على ذلك (١) كما نص غيره من فقهاء الشيعة عليه ايضاً اما بالنسبة الى منافع الاعيان المستأجرة والموصى بها وغير ذلك سواء كانت بعوض او بدونه ، هذه المنافع وان لم تكن من الاعيان الخارجية القائمة بذاتها ، الا انها من الأموال بنظر العرف ، ولها وجود مستقل عديم ، ولذلك يذلون الأموال في مقابلها وتختلف الرغبات فيها تبعاً للمصالح والأغراض القائمة في نفس المالك والمستأجر ، ولو كانت من الاعراض التي تتلاشى تدريجاً مع الزمن والتي لا وجود لها الا في ظرفها لزم ان لا تصح المعاوضة عليها ولا الوصية بها ، مع ان انصار هذا الرأي لا يلتزمون بذلك بل يصححون عقد الاجارة عليها والوصية بها امدأ طويلاً ، وليس ذلك الا لأنهم ينظرون اليها مجردة عن الزمان والمكان ويفرضونها امرأ قائماً بذاته ، وقد نص فقهاء الشيعة على ان منفعة الدار المستأجرة والموصى بها لشخص تنتقل الى ورثته بموته لانها من جملة امواله ، وبجمل القول ان فقهاء الجعفرين فرقوا بين الحق والحكم والمالك من الناحية الموضوعية ومن ناحية الآثار والخصوصيات الثابتة لكل واحد منها كما اشرنا الى جانب من تلك الفوارق التي وردت في مجاميعهم الفقهية .

وقد فرق الدكتور السنهوري في كتابه مصادر الحق بين الحق والرخصة بما يرجع بالنتيجة الى ما ذكره الجعفرين بين الحق والحكم ، ونص على ان الحق الذي يعنيه هو الحق الشخصي والعيني . كما ورد التعبير عنها في الفقه الغربي المقابل للفقه الاسلامي ، ولم يتعرض لكل انواع الحقوق كحق الله سبحانه والحقوق الشخصية الاخرى كحق الجار على الجار والانسان على الانسان وغيرهما من الحقوق التي ليس لها قيمة مالية ، واقتصر في حديثه على الحقوق التي لها قيمة مالية .

وقد عرف الحق بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون ، كما عرف الرخصة بأنها اباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة ،

---

(١) انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري مبحث احكام الخيلادات .

وعد من ذلك حرية العمل والتنقل ، والتعاقد ، والتملك ونحو ذلك من الحريات التي اباحها القانون لكل انسان ، واعتبر هذه الحريات من نوع الرخصة ، كما اعتبر الملكية الحاصلة باسبابها من نوع الحقوق ، واذاف الى ذلك ان ما بين الحق والرخصة منزلة وسطى ، هي اعلى من الرخصة وادنى من الحق هذه المنزلة الوسطى هي الشروع في اسباب التملك فحرية التملك التي اعطاها الشارع للانسان هي الرخصة ، والشروع في اسباب التملك وقبل انتهائها هي المنزلة الوسطى ، والملك الحاصل من اسبابها مهما كان نوع الملك هو الحق ، فالمشتري قبل ان يصدر منه ومن البائع العقد له ان يملك ، وهذه هي الرخصة ، وبعد صدور الايجاب من البائع وقبل صدور القبول منه اصبح المشتري في منزلة وسطى ، لانه في هذه الحالة يملك اكثر من حرية التملك باعتباره مشرفاً على التملك ، وبعد صدور القبول من المشتري يصبح مالكاً ، وقد اكد ان المنزلة الوسطى لم يغفل عنها الفقه الاسلامي بدليل ما جاء في الفروق للقرافي في تحديدها .

قال في الفروق : من ملك ان يملك ، كمن كان متمكناً من ثلث اربعين شاة مثلاً ، او كان قد تمكننا من الزواج مثلاً و امثال ذلك ، لا يعد مالكاً ولا متزوجاً ، ومن جري له سبب يقتض المطالبة بالتملك كما لو حاز المجاهدون الغنيمة ، او باع احد الشريكين نصيبه في العقار ، وغيا لو كان الشخص مستحقاً لأن يؤخذ من بيت المال بأن كان فقيراً ومجاهداً مثلاً ، ففي هذه الامثلة وإن تهيء له سبب التملك الا انه لا يعد مالكاً قبل قسمة الغنائم (١) ، كما وان الشريك لا يملك السهم الذي باعه شريكه الا بعد الاخذ بالشفعة ، والفقير لا يملك من بيت المال الا اذا طالب واعطي منه (٢) واذاف الى ذلك : ان من تم في حقه سبب الملك كمن

(١) وقد اختار الشافعي في المجامعين انهم يملكون بمجرد الحياة وقبل القسمة .

(٢) كما هو المشهور بين الفقهاء ، ورجح بعضهم انه لو يسرق من بيت المال لا يحيد اذا كان فقيراً ، لانه بوجود سبب التملك اصبح مالكاً .

اشترى أرضاً أو ورثها أو حازها ، أو اخذ بالشفعة سهم شريكه الذي باعه لغيره يكون مالكا في هذه الحالات (١) . فهذه المراتب الثلاثة الرخصة والمنزلة الوسطى والحق كما مثل لها في الفروق ونص عليها السهوي في مصادر الحق في الفقه الاسلامي تلتقي مع الحكم والحق والملك في عرف الفقهاء الجعفرين ، ذلك لانه قد عرف الرخصة بأنها اباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة فهي بهذا المعنى لا سيما بعد ملاحظة الامثلة التي اوردها لها تلتقي مع الحكم لأنه عبارة عن المجعول الشرعي سواء كان بنحو الاباحة أو الالتزام ، واباحة التملك المعبر عنها بالرخصة من جملة افرادة .

والمنزلة الوسطى تلتقي مع الحق حسب اصطلاح الفقهاء الجعفرين للحق ، لأنها عبارة عن حق الشخص في التملك بعد وجود سبب الملك كما جاء في الفروق واختاره السهوي في مصادر الحق ، وبعد ملاحظة الأمثلة التي اوردها في الفروق للمنزلة الوسطى ، يتأكد وجه الشبه بينها وبين الحق في اصطلاح الجعفرين ، فلقد مثل لذلك بما لو حاز المجاهدون الفضيعة ، وعد الحيازة من اسباب الملك الذي لا يتم الا بالقسمة ، وبما لو باع احد الشريكين نصيبه في العقار المشترك ، وعد بيع الشريك حصته من اسباب تملك الشريك الآخر لها الذي لا يتم الا بعد الأخذ بالشفعة والمثالان من مصاديق الحق عند الجعفرين ، كما يبدو ذلك عن الأمثلة التي أوردها الاستاذ شفيق شعاعة في كتابه النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ، فلقد مثل للمنزلة الوسطى بما لو قبض احد الدائنين شيئا من الدين المشترك ، فان المقبوض يكون ملكا للقابض ، وللدائنين الباقيين حق في المقبوض يستحقون منه ، فاذا اعلنوا عن ارادتهم في ذلك يملكون سهامهم فيه ، ومقتضى

---

(١) الفروق للترافى ٣ ص ٢٠ و ٢١ .

ذلك ان بقية الدائنين لا يملكون سهامهم ملكاً كاملاً الا بعد ان يطالبوا بسهامهم في المقبوض .

ومذهب الفقهاء الجعفرين في هذه المسألة هو اشتراك الجميع في المقبوض ولم يخالف في ذلك الا ابن ادريس الحلي وبعض الفقهاء رجح كون المقبوض ملكاً للقابض وحده .

واضاف الاستاذ شعاعه الى المثال الاول : ما لو جنى العبد فان حق الهني عليه يتعلق بالجاني ويصبح مملوكاً له عندما يدفعه المالك اليه « ١ » .

ومن ذلك يتبين ان المنزلة الوسطى التي تمرض لها الفقه العربي تتحد مع الحق حسب الاصطلاح الفقهي عند الجعفرين لانهم قد مثلوا له بعين هذه الامثلة وغيرها .

ويدعي الاستاذ السهوي : أن الفقه الغربي لم يبين هذه المنزلة الوسطى الا بعد أن ارتقى ووصل الى مرحلة بعيدة ، وقد سماها أحد رجال القانون « بالحق المنشئ » ، وعرفه بأنه مكتبة تعطى للشخص بسبب امر قانوني خاص في ان يحدث أثرًا قانونياً بحض ارادته ، ومثل لذلك بحق البائع باسترداد الحصة المبيعة وحق الشفيع أن يأخذ بالشفعة « ٢ » .

ومن مجموع ذلك تبين ان هذه المراتب الثلاثة الرخصة والمنزلة الوسطى والحق ترادف الحكم والحق والمملك حسب اصطلاح الشرعيين ، ولا يختلف الحال بينها الا بالتسمية . وقد بينا أن الحق الذي هو قسم للرخصة والمنزلة الوسطى ، هو في الفقه الغربي عبارة عن الملكية التي لا تحصل الا بعد وجود الأسباب الكامنة للملك ، ومعنى

---

(١) انظر مصادر الحق في الفقه الاسلامي رقم ١ ص ٥ و ٦ .

(٢) المصدر السابق ص ٥ .

ذلك ان الحق والملك في واقعها شيء واحد ولا يختلف الحال بينها الا بالتسمية .

وقد رجع ذلك جماعة من الجعفرين ومنهم السيد الحكيم في نهج الفقاهة . قال في الكتاب المذكور بعد أن أورد مجموعة من الأمثلة كشاهد على اتحادهما وان بعضها يختص باسم الحقية وبعضها باسم الملكية ، فليس الاختلاف بينهما الا بحسب المورد (٣) .

\*  
\* \*

---

(١) انظر ص ٧ من الكتاب المذكور .



## الحق الشخصي والحق العيني

٣

لقد ذكرنا أن الفقه الغربي قد تعرض للرخصة والمنزلة الوسطى والحق ، وذكرنا أن الفقه الاسلامي قد بحث هذه المراحل الثلاثة تحت عنوان الحكم والحق والملك ، وتقسيم الحق الى شخصي وعيني من المصطلحات التي اختص بها الفقه الغربي ومع أن الفقه الاسلامي لم يميز بين هذين الحقين واكتفى ببيان معنى الحق الجامع لهما الا أنه اعطى من الأمانة ما يصلح لكل منهما ، على أن القوانين المدنية لم تتفق على التمييز بينهما ، فلقد حاول بعض الفقهاء الغربيين تعظيم هذا التقسيم والغاء جميع الفوارق الجوهرية بينهما ، ولكن هذه المحاولة لم تنجح عند أكثر المشرعين (١) .

ومها كان الحال فالحق الشخصي يرادف الالتزام حسب اصطلاحهم ، وقد عرفوه بأنه رابطة بين شخصين دائن ومدين مثلاً يلزم المدين بوجهها أن يعطي الدائن شيئاً ، وأن يقوم له بعمل أو يمتنع عن عمل وهذا التعريف قد عرفوا الالتزام أيضاً وصرحوا بأنه لا يرد على شيء مادي معين بالذات بحيث يخول صاحبه سلطة على ذلك الشيء ، وإنما هو سلطة يعطيها القانون لشخص على شخص آخر من حيث التزامه بشيء معين ، وهو نارة ينشأ عن الالتزام بالدين ، كما لو وجب في ذمة المدينون

---

(١) انظر ص ١٠ و ١٠٤ و ١٠٥ من الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري

مقدار من المال يقتضى عقد القرض الحاصل بينها ، او الغصب او من البيع اذا كان مستحقاً في ذمة المشتري .

وأخرى من الالتزام بالعين ، وهو أي الالتزام بالعين محله الأعيان المعينة بالذات ، كما لو وقع عقد البيع على عين معينة ، فالبيع يلزم البائع بتسليم تلك العين الى المشتري .

ومن أمثله أيضاً ما لو استأجر انسان عيناً ليستوفي منفعتها ، فعقد الاجارة يلزم المؤجر بتسليم العين الى المستأجر المالك لمنفعتها يقتضى عقد الاجارة ، ولا ينحصر الالتزام بتسليم العين بالعقد ، بل يكون بغيره كما لو أوصى شخص لآخر بنفقة العين أو بعين معينة ، أو عصب انسان عيناً معينة ، فالوصية والغصب ينشئان التزاماً على الموصي والغاصب بتسليم العين الى الموصي له والى المالك .

وقد يحصل الحق الشخصي من الالتزام بعمل كما لو استأجر انسان شخصاً على عمل معين ليقوم به العامل من غير فرق بين تحديد زمان العمل وعدمه ، فالالتزام بالعمل يفضل منه ارتباط بين شخصين ويحدث سلطة قانونية للمستأجر على الأجير لاجبار العمل المستأجر عليه الى غير ذلك من الامثلة التي يحصل منها ارتباط بين شخصين او أشخاص ، وهذه الوسطة يجعل القانون سلطة لشخص على آخر بتسليم الاعيان او الأعمال التي التزمها أحدهما للآخر .

وأما الحق العين كما ورد في مصطلحاتهم ، فهو عبارة عن سلطة مباشرة على شيء مادي معين بالذات تقوله ان يتصرف فيه بما توجبه اليه مصلحته ، وقد مثلوا له بحق الملكية المتعلق بالأعيان الخارجية ، فالعين المملوكة قد جعل المشرع للمالك سلطة عليها يتصرف بها بما يحق له مصالحه وأغراضه ، وبالإضافة الى ذلك . قد فرض القانون على كافة الناس احترامها بحيث لا يسوغ منافسة المالك ولا معارضته في التصرف بها .

والمائز بين الحقين الشخصي والعيني ، ان الحق الشخصي هو تسلط شخص على آخر بسبب التزامه له باداء امر معين كما جاء في الأمانة السابقة وكما في سلطة الدائن على المدين وسلطة مالك العين على الغاصب ليردهما اليه فلم يتعلق الحق في هذه الأمانة بشيء معين بالذات بصفة مباشرة ، وليس الأمر كذلك في الحق العيني فانه عبارة عن تسلط المالك على العين المملوكة يتصرف بها بجميع الانتفاعات والتصرفات المستوحاة من مصلحته بشرط ان لا يضر بالآخرين ، فلكمالك ان يبني داره ويحفر في ملكه بشرأ ويتصرف به كما يشاء اذا لم يؤدي ذلك الى الاضرار الفاحش بالغير ، والمراد من الضرر الفاحش ، هو ما يكون سبباً للخلل ببناء جيرانه ، او يمنعهم عن استيفاء المنفعة التي من اجلها اوجد البناء ونحو ذلك . أما اذا كان تصرف المالك موجباً لتقويت منفعة الجار من غير ان يلحق به ضرراً ، او يفوت عليه تحصيل المنفعة التي كانت السبب في بناء الدار مثلاً ، هذا النوع من التصرف لا يوجب رفع سلطنة المالك لأن فوات المنافع لا يعد ضرراً في الغالب (١) .

وقد نص فقهاء الشيعة على تحديد سلطنة المالك اذا لزم منها الاضرار بالغير ، وصرحوا بأنه لا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بغيره ، فليس له ان يحفر بشرأ يضر ببناء جاره ، ولا ان يهدم داره اذا استلزم هدمها تصدع دار الغير ونحو ذلك من التصرفات ، لأن سلطنة المالك على ملكه محكومة لقاعدة لا ضرر ولا ضرار في الاسلام (٢) هذه القاعدة المستوحاة من قول الرسول : لا ضرر ولا ضرار في الدين ، وقد جاء في الحديث ان سمرة بن جندب كان يملك نخلة في دار لرجل من المسلمين في المدينة ، وقد تكرر دخول سمرة الى الدار

(١) مصادر الحق السني ص ٢٢ .

(٢) المراد من حكومة لا ضرر في الاسلام على قاعدة السلطنة ، هو خروج هذا الفرد من السلطنة عن السلطنة العامة المجمولة للمالك على ملكه ، ولأن ذلك عدم شمول القاعدة لثل هذا النوع من التصرف بواسطة الدليل الحاكم وهو لا ضرار في الاسلام .

بدون ان يستأذن من مالكها ، فشكاه الى الرسول (ص) فامرہ ان يستأذن مالك الدار عندما يريد ان يدخل لإستغلال مخلفته ، فأبى ان يستأذن منه محتجاً بأن تسلطه على ملكه يسوغ له الدخول والخروج ، فقال النبي (ص) لمالك الدار : اقلع له مخلفته لا ضرر ولا ضرار في الدين ، ومعنى ذلك ان الأديان لا تشرع حكماً او حقاً يؤدي الى الضرر ، والسلطنة التي يلزم منها الضرر بالغير ليست مجعولة في الاسلام .

ومها كان الحال فالحق العيني ينقسم الى اصلي وقبعي ، فالأصلي كما يكون في الأعيان المملوكة ملكية كاملة يكون بملكية المنافع ايضاً وان لم تكن نفس العين مملوكة له ، وذلك كما لو استأجر عيناً للانتفاع بها ، او استعارها بناءً على ان العارية عقد يملك كما يدعي المالكية ، وكما لو اوصى شخص لآخر بمنفعة العين بعد موته ، فان الموصى له يملكها بعد الموت ، فالحق العيني في هذه الامثلة ونحوها يقوم بالمنفعة لأنها ملك للمستأجر والمستعير والموصى له في الامثلة الثلاثة ، والعين لمالكها ليس له ان يتصرف بها او ينتفع كما لا يجوز له ان يتصرف في العين ذاتها الا بإذن صاحب المنفعة .

ويدعي السنيوي ان صاحب المنفعة لا يملك بيع العين الا باذن صاحب المنفعة سواء كان مستأجراً او مالِكاً للمنفعة بسبب آخر ، ونسب هذا الرأي الى الفقه الاسلامي ، واذاف ان القوانين الغربية تنص على ان صاحب العين يملك بيعها ولو لم يأذن المنتفع ، والمؤجر له ان يبيع العين المستأجرة بدون اذن المستأجر ويبقى حق المنتفع والمستأجر في العين نافذاً بالنسبة لذلك الجديد ، وتبقى العين في يده مسلوبة المنفعة الى ان يستوفي حقه من الانتفاع بها (١) .

وتلتقي القوانين الغربية مع الفقه الشيعي في هذه المسألة ، فقد نص فقهاء

الشعبة في مجاميعهم الفقهية بأن المالك له ان يبيع العين المستأجرة بدون اذن  
المستأجر ، وتنتقل الى المشتري مسؤولة المنفعة ، ويبقى حق المنتفع قائماً في العين  
بمقدار ما يسهل له استيفاء المنفعة التي ملكها بالاجارة او بغيرها من الاسباب .

قال السيد كاظم في العروة الوثقى : يجوز بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة  
الاجارة ، ولا تنسخ الاجارة به فتنتقل الى المشتري مسؤولة المنفعة مدة الاجارة  
نعم للمشتري مع جهله بأن العين مستأجرة الخيار في فسخ البيع لأن نقص  
المنفعة من العيوب التي تسوغ الفسخ .

والظاهر اتفاق الفقهاء على ذلك اعتماداً على النصوص التي تجيز للمالك البيع ،  
على ان ذلك من مقتضيات سلطة المالك على ملكه التي لا تراحم حق المستأجر عند  
الجعفرين . اما الحق العيني التبعي فهو عبارة عن تعلق حق الدائن بالعين المرهونة  
ضماناً لدينه ، وحق التصبير على المال المتعلق في مال المدينون لسياسة استيفاء الدين  
منه ، ومن امثلة ذلك ما لو باع انسان عيناً ولم يقبض الثمن ، فله ان يجبس  
المبيع عن المشتري حتى يدفع له الثمن (١) والمستأجر فيما لو انفسخت الاجارة  
بأحد الاسباب اذا كان قد دفع الاجرة ان يجبس العين المستأجرة  
حتى يقبض ما دفعه في اجرتها ، وللودعي فيما لو انفق على العين  
المودعة عنده بإذن القاضي ان يجبس العين حتى يقبض ما انفق عليها ، فالحق في  
هذه الموارد وامثالها باعتبار انه متعلق بالعين كان حقاً عينياً ، وباعتبار ان  
مصدره الدين الذي يملكه على صاحب العين فهو تبعي ، ومعنى ذلك انه قد اصبح

---

(١) قال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب ، لو لم يبدل البائع المبيع واراد حبسه خوفاً  
من تمذير تحصيل الثمن فله ذلك بلا خلاف ، وكذا للمشتري حبس الثمن ، وقد طلل ذلك بان  
عقد البيع مبني على التفاضل من كلا الطرفين ، ومقتضى ذلك ان كلا منهما قد التزم للآخر بتسليم  
العين التي ملكه ايهاا بالمقد ، ونتيجة هذا الالتزام عدم كونه مأزماً بتسليم العين اذا لم يستلم  
عوضها .

حقاً عينياً لغاية التوثق والاطمئنان على المال الذي يملكه في ذمة الراهن في مثال  
حق المرتهن في العين المرهونة ، وفي ذمة المشتري في مثال البيع اذا لم يقبض  
الثمن ، وكذا الحال بالنسبة الى العين المودعة كما ذكرنا .

وليس للراهن ان يتصرف في العين المرهونة ، ويقع تصرفه فاسداً ، اما في  
القوانين الغربية فيصح تصرفه بالبيع او بغيره من عقود المعاوضات ، ويصبح  
الثمن رهناً محل العين ، ولو اراد المرتهن ان يستوفي دينه من العين المرهونة  
يكون اولى من جميع الغرماء لأن حق المرتهن قد تعلق بإلية العين المرهونة (١) .

وقد نص فقهاء الشيعة على ان المرتهن احق من جميع الغرماء في العين المرهونة  
قال السيد ابو الحسن في وسيلة النجاة : اذا كان الراهن مفلساً ومات وعليه ديون  
للناس ، كان المرتهن احق من باقي الغرماء باستيفاء حقه من الرهن ، فإثر زاد  
عن حقه شيء يوزع على الباقيين بالحصص ، وان لم يفي الرهن بمال المرتهن شارك  
الغرماء بما يبقى له في اموال المفلس ، ومن خصوص بيع الراهن للعين المرهونة  
فقد نص جماعة من الفقهاء على انه لا يحق له ان يتصرف فيها بالبيع وغيره من  
التواكل الا بأذن المرتهن ، ولو اذن له يطل الرهن ولا يكون الثمن رهناً ، الا  
اذا كان حق المرتهن في الدين حالاً ، فلو اذن له في هذه الحالة كان الثمن رهناً ،  
كما نص على ذلك العلامة الحلي في التحرير ، والشيخ الطوسي في المبسوط ، والشهيد  
في البدوس ، وعمل ذلك في البدوس ، بأن مرجع الاذن في هذه الحالة الى نقل  
الوثيقة من العين الى الثمن وان الاذن في بيعها مفاده بنظر العرف وضع الثمن  
عنها (٢) .

ومن مجموع ذلك تبين ان الامثلة التي اوردها المؤلفون في الفقه المدني للحق

---

(١) مصادر الحق ص ٣٢ - ٢ - انظر وسيلة النجاة للسيد ابو الحسن لا الجواهر للشيخ  
محمد حسن النجفي كتاب الرهن .

الشخصي والعيني بسمية قد اوردھا الجعفريون وغيرهم من فقهاء المسلمين في مجاميعهم الفقهية وتكلموا عنها باسباب في العقود المختلفة التي تستعمل لانشاء التمليك والرهن والقرض ونحو ذلك ، ولم يتكلموا عنها باعتبار انها من الحقوق الشخصية او العينية ، ذلك لأن تقسم الحقوق الى الأقسام الثلاثة من مختصات الفقه المدني كما ذكرنا ، ولم اعثر على هذا الاصطلاح في الفقه الجعفري لغیر الفقيه الشيعي الشيخ هادي الطهراني في كتابه الذي شرح فيه البيع من كتاب الشرائع ، فلقد اشار الى الاقسام الثلاثة في اثناء حديثه عن اقسام السلطنة ، قال : السلطنة اما على الشخص ، واما على العين ، والسلطة على الشخص اما من حيث الدين الثابت بذمته ، واما من حيث الحق الثابت له عليه كحق الشفعة الثابت في العين المشتركة بينه وبين شخص آخر ، وكذلك حق الخيار والقصاص .

والسلطة على العين هي عبارة عن السلطنة على المال ، اما بملكية العين ملكية مطلقة من جميع الجهات ، واما بملكية الانتفاع بها او المنفعة كما في الإجارة ، فلمستأجر سلطة على العين المستأجرة لجهة الانتفاع بها من حيث انه يملك المنفعة بالعقد ، واضاف الى ذلك قوله : ومن الملك ما يتعلق بالشخص والمال معاً ، كالدين المتعلق بالذمة والعين المرهونة ، فان تسلط المرتهن على العين المرهونة لصيانة حقه الثابت في ذمة المستدين ، ومن امثله تعلق حق الغرماء في اموال المفلس ، وفي اموال الميت اذا مات المديون ، فإن صاحب المال في هذين المثالين يتسلط على المال لاجل التوصل الى ماله الثابت في ذمة المديون « ١ » .

هذه الصور الثلاثة للسلطنة هي عبارة عن الحق الشخصي والعيني بقسميه الاصيل والتبعية كما يبدو ذلك من مقارنة هذه الصور الثلاثة بالاقسام الثلاثة لـ

---

(١) انظر كتاب البيع لـطهراني ص ١٩ و ١٧ .

التي ذكرها السنهوري والدكتور سليمان مرقس وغيرها .

ومها كان الحال فسواء وردت هذه المصطلحات في الفقه الاسلامي الجعفري او لم ترد فالامثلة التي ذكرت في الفقه المدني للاقسام الثلاثة قد تعرض لها الشرعيون ومجسوها بحثاً دقيقاً مفصلاً على اساس انها من الحقوق المجعلولة غائباً بها وفرقوا بينها باعتبار الآثار والاحكام المترتبة على كل واحد منها ، وكل ما في الامر ان الفقه الجعفري لم يفرق بين هذه الامثلة من حيث تسميتها بهذه الاسماء .

على ان جماعة من علماء الحقوق الحديثة لا يسلمون بهذه التفرقة بين الحق الشخصي والعملي ، فمنهم من يجعل الحقوق كلها عينية متعلقة بالمال لا بالذمة ، ومنهم من يجعلها شخصية متعلقة بالملكف اي بشخص بعينه ، ولكن النظرية السائدة الشائعة بين الفقهاء هي التفریق بين انواع الحقوق (١) ، وهو ما عليه الفقه الاسلامي كما ذكرنا حيث انه رتب عليها احكاماً كثيرة تختلف حسب تعلق الحق بالمال أو بالذمة ، نذكر منها ما يلي :

١ - ان الغاصب اذا غصب عيناً وباعها او وهبها الى غيره وتناقلتها الايادي ، فصاحب العين له ان يتبّع الشيء الذي تعلق به حقه اينما كان ومها كان السبب الناقل لها ، وينتزع من هو بيده . أما إذا تلفت العين الموصولة في يد الأخير مثلاً ، فصاحب العين المرادف في المقام للحق الشخصي له ان يرجع على الغاصب الأول بضمان العين لان حقه متعلق بذمته (٢) .

٢ - لصاحب الحق المتعلق بالعين كافي العين المرهونة الأولوية على بقية الغرماء في

---

(١) انظر الفقه الاسلامي في توبه الجديد الجزء الثاني لمصطفى الزرقا ص ١٦ .

(٢) انظر كتاب الغصب من الجواهر للنجفي ، والمحاسب للشيخ الانصاري مسألة تماقب الايادي .



استيفاء دينه من العين المرهونة ويتقدم في ذلك على بقية الدائنين ، فان زاد منها شيء اشتراك الغرماء فيه بالسوية ، اما بقية الدائنين الذين لهم حقوق في ذمة المفلس فتوزع عليهم امواله بنسبة ديونهم مما كان مصدر حقهم او تاريخه ٣٥ الى غير ذلك من الامثلة التي فرق فيها الشرعيون بين تعلق الحق بالعين المسمى في عرف المدينين بالحق العيني ، وبين تعلقه بالكلف المسمى في عرفهم بالحق الشخصي .

\*

\* \*

---

(١) انظر رسالة النجاة للسيد ابراهيم بن الحسن والجواهر كتاب الرهن والحجز ،

## الذمة في الفقه الجعفري

٤

لقد استعمل الفقهاء لفظ الذمة في الفقه الاسلامي في كثير من الموضوعات الفقهية ، كالدين والضمان والحولة والكفالة ، بل وفي العبادات كالصلاة والزكاة ، وفي عقود البيع كالم بالنسبة الى المبيع ، والنسبة بالنسبة الى الثمن وغير ذلك من المباحث الفقهية المختلفة ، ويمكن القول بأن بعض المباحث الفقهية كالدين والضمان وغورها تركز في الواقع على فكرة الذمة ، ومع ذلك فلم يتكلم الفقهاء في الذمة باعتبارها موضوعاً مستقلاً كغيرها من المواضيع التي ربما لا تكون لها تلك الامة ، ويبدو من المواد المختلفة التي تكرر فيها هذا اللفظ ، انها تؤدي معنى الوفاء الاعتباري الذي يقع ظرفاً للديون والحقوق الثابتة على الانسان .

وهي بهذا المعنى ليست بعيدة عن المعنى القوي الذي هو عبارة عن العهد ، وممي العهد ذمة لان تقضه وعدم الوفاء به موجب للذم ، وقد جاء في الحديث : « المسلمون تتكافأ دماؤهم » ، ويسعى بذمتهم أدناهم » والمقصود من ذلك ان أحد المسلمين اذا أعطى عهداً للعدو بالأمان سرى ذلك على الجميع ، فليس لهم أن يخفروا عهده ، ومن ثم ايضاً كان من يستوطن بلاد المسلمين من اهل الكتاب اذا التزم بالشروط التي اقرها الاسلام من اهل الذمة اي داخل في عهدتهم وامانهم ، وكما ذكرنا ان المواد التي تكرر فيها لفظ الذمة في مختلف المواضيع الفقهية هذه الموارد يستفاد منها ان الذمة امر اعتبره الشارع في الانسان بنوعه يكون صالحاً

للالزام والالتزام ، ولأن يكون مسئولاً تجاه الله والمجتمع والقانون ، وتلك الصلاحية مرة تكون بنحو يصلح للأداء والتنفيذ ، واخرى بنحو يكون موضوعاً لتلك الاحكام المجعولة له وعليه ، فالصغير حين وجوده وفي حال طفولته لا يصلح لاداء شيء من التكاليف المفروضة على الناس ، ولا تكون اعماله نافذة في حقه ولمزماً بشيء منها ، فإذا بلغ سن الرشد صلح لاداء التكاليف وتصح منه جميع الاعمال التي اعتبرها الشارع موضوعاً لاثر شرعي ، كالطلاق والعقود والضمان وغير ذلك من معاملاته وعباداته ، فأهلية الانسان صلاحيته لأن يكون موضوعاً للتكاليف ومسئولاً عن تصرفاته لا تعني انه يصلح لتعلق التكليف به من حين وجوده وتحقيق انسانيته ، وانما هي عبارة عن كونه صالحاً لأن يكون موضوعاً للحقوق التي له وعليه ، وللواجبات المتعلقة بالانسان شرعية كانت ام غيرها ، وتتكامل صلاحيته وتصح فعلية بعد ان كانت في الادوار الاولى من حياته لا تزيد عن كونه قابلاً لأن يكون محللاً لتعلق التكاليف به الى ان ينتهي الى مرحلة البلوغ والرشد ، تلك المرحلة التي ينتقل فيها الانسان من دور الصلاحية بمعنى القابلية الى الصلاحية الفعلية ، نعم هو قبل ان تتكامل صلاحيته منذ ولادته يثبت له الحق كما يثبت عليه ، فيوث المال منذ طفولته بل وقبل ولادته ، كما يضمن ما يتلف يلفه من اموال غيره ، فالجنين قبل ولادته يوث المال وتصح له الرصية مع انه ليس له وجود مستقل في تلك الحالة ، ولا يجب عليه اي شيء لغيره ، فاذا انفصل حياً واصبح له وجود مستقل عن امه اصبح اهلاً لأن يتحمل حقوق غيره فيما لو اُتلف مال الغير او جنى عليه ، وتبقى له هذه الاهلية الى مماته ، وفي هذه المرحلة من وجوده يتولى وليه اداء ما عليه من حقوق الله كزكاة ماله ، وحقوق العباد فيما لو اُتلف شيئاً من اموال الناس ، او جنى على غيره .

اما صلاحيته للأداء بمعنى كونه صالحاً لأن يباشر اعماله ويؤدي ما عليه من الواجبات والحقوق هذه الصلاحية لا تكتمل في الانسان الا بعد التمييز والبلوغ الشرعي الذي حدده الفقهاء الجعفريون ببلوغ الذكر خمس عشرة سنة ، وبلوغ

الاثني تسع سنين ، والمنسوب الى الاحناف انه لا يتحقق للثني الا بعد ان تبلغ سبع عشرة سنة ، ولذا ذكر بيلوغه ثنائي عشرة سنة (١) .

وقد اجاز اكثر فقهاء الشيعة وصيته اذا كان مميزاً قد بلغ عشرين اذا كانت في وجوه البر والاحسان كبناء المساجد وسائر المبرات والخيرات (٢) ، والى ذلك ذهب الشافعي وغيره من فقهاء المدينة ، وابطلها الأحناف على جميع التقادير (٣) .

ومن المعلوم ان الجعفرين اذ يحددون البلوغ بهذا العدد من السنين فذاك بالنسبة الى التكاليف الشرعية كالعلايات ونحوها ، اما بالنسبة الى معاملاته وعقوده فلا بد مع ذلك من الرشد والتمييز كما تنص على ذلك الآية الكريمة .

قال تعالى : « وابتلوا البتامي حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم » (٤) ، ومقتضى ذلك ان الصبي اذا بلغ راشداً عاقلاً يصبح بمن له الاهلية الكاملة في عقود وجميع تصرفاته ، فاجتاع الأمرين البلوغ والرشد هو المسوخ لاستقلاله في التصرف ورفع الحجر عنه

وقد اجاز جماعة من الفقهاء تصرفات الصبي المميز اذا اذن بها الولي ، او اجازها بعد صدورها عنه ، كما نص على ذلك الشيخ مرتضى الانصاري في شروط المتعاقدين من المكاسب والبيد محسن الحكيم في نهج الفقهاء . وقال الدكتور محمد يوسف : « ان الصبي قبل بلوغه من التمييز في حال طفولته لا تثبت له اهلية الاداء لا كاملة

---

(١) انظر المدخل لنظام الماملات في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٢٢٨ .

(٢) انظر رسالة النجاة للسيد ابو الحسن الاسفهاني كتاب الوصية ، والبيعة للسيد محمد بحر العلوم ص ٣٨٠ من كتاب الوصية والحكم بصحة الوصية الصادرة من الصبي اذا بلغ عشرين هو المشهور بين فقهاء الشيعة ، وقد روي في ذلك محمد بن ابي عمير ابن ابي عبد الله الصادق « ع » قال اذا بلغ الصبي عشرين جازت وصيته .

(٣) المدخل لنظام الماملات ص ٢٢٦ .

(٤) انظر رسالة النجاة للسيد ابو الحسن وغيرهما من الجاميع الفقهية .

ولا ناقصة ، ويستمر بطلان تصرفاته مطلقاً الى ان يبلغ سن التمييز ، فاذا بلغها وصار عارفاً بالمراد من العقود ومعان الألفاظ والعبارات الداله عليها تصح تصرفاته بأذن الولي لا يكون مضراً بحاله كالبيع والشراء وغيرهما من العقود التي يرجى نفعها ، وتصح منه ايضاً بأجازة الولي لها .

وقد تبين من مجموع ذلك ان الانسان قبل بلوغه من الرشد والبلوغ ليس اهلاً للقيام بجميع التصرفات المالية لنفسه ولغيره ، وقد رفع الله عنه التكليف الشرعية وآثارها ، كما نص على ذلك الحديث المروي عن النبي (ص) رفع الظلم عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن الجنون حتى يبرأ .

ولازم ذلك بطلان جميع افعاله وتصرفاته في هذا الطور من اطوار حياته ، اما لو ترتب على معاملاته ائلاف مال لغيره ، او قام بأي عمل من شأنه احداث خسارة مالية على غيره ، فإنه يكون ضامناً ، وتعلق القرامة بذمته ، كما تعلق بها جنائته وكل ضرر مالي او بدني ناتج عن فعله مباشرة او تسيباً ، حتى ولو صدر منه بدون قصد واختيار .

وعجمل القول ان الانسان في دور الطفولة اهل لأن يتعلق به الحق سواء كان له او عليه ، لأنه يملك المال ، وينتقل اليه بالأرث وغيره من اسباب التملك ، كما تصح الوصية له بالمال ، بل تصح الحمل قبل ولادته ويملك الموصي به كما يملك نصيبه من الميراث قبل ولادته ، ويضمن ما اتلفه بأي نحو كان الائتلاف ، وهذا النوع من الأهلية هو المعبر عنه في كلمات السهوري وسليمان مرقس وغيرهما بأهلية الوجوب من غير ملاحظة الأسباب المنشأة لهذه الحقوق ، ويتمحض النظر فيها الى الشخص المعين بذاته مع قطع عن اسبابها وموجباتها . امسا أهلية الأداء كما وردت في مصطلحاتهم ، فهي كون الشخص صالحاً لأن يباشر بنفسه عملاً له اثر شرعية او قانونية ، وهذه لا ينظر فيها الى نفس الحق ، بل الى الأسباب التي تنشأ الحقوق او تنقلها من حيث صدورها من شخص صالح لأن يباشر بنفسه التصرفات الناقصة كالبيع والهبة والاجارة والقرض وما اشبه ذلك من التصرفات المملكة او المبيحة للانتفاع بالمال او النفس ، فاهلية الوجوب حسب اصطلاحهم من خصائص

الانسان لانها تثبت له في جميع اطواره وحالاته ، ولكن اهلية الأداء لا تثبت له الا بعد التمييز والرشد كما ذكرنا ، وقد تعترضها بعض الحالات كالجنون والمرض والسفه وغير ذلك بما اعتبره الشارع من عوارض الأهلية التي تحد من اهليته للقيام بمصالحاته بحيث يصبح كالطفل الذي يحتاج الى من يدير شؤنه ويشرف على جميع تصرفاته وأفعاله ، وعلى جميع التقادير والأطوار التي يمر بها منذ طفولته اخر لحظة من حياته فالأطوار التي يمر بها منذ ولادته والحالات التي تعترضه بعد رده لحظة لا تؤثر على ذمته ولا تمنع من تعلق الحقوق بها ، كما لا تمنع من ملكيته لميراثه والموصي به اليه وغير ذلك مما لا يتوقف حصوله على انشاء اسبابه مباشرة او تسيباً ، وهو المراد من اهلية الوجوب التي تخلق مع الانسان وتستمر باستمرار وجوده مهما طرأ على حياته من الأعراض والتقلبات .

وكل ما في الأمر اننا لا نحتاج الى اعتبار ذمة للانسان الا بالنسبة لما عليه من الحقوق والواجبات ، وذلك لما ذكرناه أولاً من ان الذمة من الأمور الاعتبارية التي اعتبرها الشارع او القانون في الانسان كوعاء يستوعب ما عليه من الحقوق ولا نحتاج الى اعتبار وجودها فيما يملكه الانسان لأن ملكه لا يثبت في ذمته ، وعليه فتفسيرها باهلية الوجوب التي هي عبارة عن كون الانسان اهلاً لأن تتعلق به الحقوق التي له وعليه ، هذا التفسير يخرج الذمة عن المعنى الشرعي المناسب لها «١» وبتميز اوضح ليست الذمة بنظر الفقه الاسلامي الا كون الانسان بذاته صالحاً لأن يكون موضوعاً للعق الذي عليه بنحو يكون ذلك من خصائص انسانيته التي توجد بوجوده وتستمر بدوام وجوده مهما طرأ عليه من العوارض ، وان لم يكن مالكاً لتصرف في اموره قبل البلوغ والرشد وفي حال طرأ العوارض

---

(١) انظر الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد الجزء الثاني لمصطفى الزرقا ح ١٢٥ و ١٢٦ ، ومن الذين فسروا الذمة بعلية الوجوب التي هي عبارة عن كون الانسان اهلاً لان تتعلق به الحقوق التي له وعليه السهوي والدكتور مرقس في كتابها الوسيط ونظرية العقد .

لاخرى التي اعتبرها الشارع سبباً لعدم نفوذ تصرفاته ، فكما يضمن البالغ الرشيد ما يتلفه مباشرة او تسبباً يضمنه الصغير ولو في حال طفولته من غير فرق بينها لا من حيث ان الكبير مكلف بأداء ما عليه ، والصغير يؤدي عنه وليه من أمواله التي بيده ، لأنه لا يصلح لتعلق الخطاب به ، وليست له اهلية التصرف في هذا لدور من ادوار حياته ، واذا لم يكن له مال يبقى في ذمته الى ان يصبح مالكا الى هذا المعنى يشير السيد الجرجاني ، والجعفرىون في فقههم ، قال الجرجاني : الذمة بمعنى العهد أي كون الشيء في عهده ، واطلاق الذمة على العهد من حيث ان نقض العهد موجب للذم ، ومن المعلوم ان ثبوت الشيء في العهدة انما هو بالاعتبار الشرعي « ١ » .

وقال الجعفرىون في فقههم : ان الذمة عبارة عن العهدة ، والى ذلك يشير الحديث عن النبي (ص) على اليد ما أخذت حتى تؤدي اي ان ما اخذته اليد يبقى في عهدها الى ان تؤديه بنفسه او ببذله لو كان تالفاً « ٢ » وقد تكرر هذا الاستعمال للذمة في جميع الموارد التي تعرض فيها الفقهاء للضمان .

وقد ادعى القرافي في الفروق ان الذمة لا توجد للانسان الا حيث يصح توجه التكليف اليه ، قال في الفروق في الفرق بينها وبين اهلية التصرف : يعتقد جماعة من الفقهاء انها اهلية المعاملة ، فاذا قلنا زيد له ذمة معناه انه اهل لأن يعامل ، والواقع انها حقيقتان متباينتان ، وتحقيق التفريق بينهما ان بينها عموماً من وجه فيوجد كل منها بدون الآخر ويجتمعان معاً في مورد واحد واخاف الى ذلك : ان اهلية التصرف والمعاملة توجد بدون الذمة في الصبيان المميزين حيث تصح

١ - انظر تهذيب الفروق هامش كتاب الفروق من ٢٣٧ .

٢ - انظر الكاسب الشيعى مرتضى الانصاري كتاب البيع في مسألة تعاقب الايامي .

معاملاتهم عند الأحناف والخابلة والمالكية ولا ذمة لهم ، وتوجد الذمة بدون اهلية التصرف في العبيد فإنه محبوز عليهم حتى ساداتهم وان قلنا انهم يملكون واذا جنوا تتعلق الجناية بذمتهم فاذا اعتقوا يطالبون بها ، ومن امثلة ذلك ما لو تزوج العبد بدون اذن من سيده وفسخ السيد نكاحه فان المهر يتعلق بذمته واذا قام الصبي بعمل يوجب الضمان يكون كمن احدث سبب الضمان فيطالب به بعد بلوغه من غير ان يتعلق بذمته قبل بلوغه شيء ، وليس الأمر كذلك بالنسبة الى العبيد ، فانهم يطالبون بالحق من حين احدث السبب .

ومثل لصورة اجتماع اهلية التصرف والذمة في البالغ الرشيد حيث تنفذ تصرفاته ويتعلق الحق بذمته وانتهى من ذلك الى النتيجة التالية .

ان الذمة معنى شرعي مقدر في المكلف ينحو بصح قابلاً للالتزام والالتزام ، وهذا المعنى جعله الشارع مسبباً عن مجموعة من الأسباب البلوغ والرشد وعدم الحجر ، فمن اجتمعت له هذه الشروط الزمه الشارع ارش الجنایات ، واجر الاجارات ، وانما المعاملات ونحو ذلك ، ومضى في سرد الفوارق بين الأمرين وانتهى الى ان الذمة لا توجد الا حيث يصح التكليف ، واهلية التصرف توجد بدون ذلك ( ١ ، ٢ ) .

والمتحصل من مجموع كلامه عن الذمة واهلية التصرف ان الذمة لا توجد في الانسان الا بعد البلوغ والرشد وعدم العبر وكون الانسان سالماً لان يتعلق به التكليف الشرعي ، ولا يشترط شيء من ذلك في اهلية التصرف وقد خالفه في ذلك صاحب تهذيب الفروق ورجح انها توجد بوجود الانسان وتلازم وجوده ( ٢ ) . وقد بينا رأي فقهاء الشيعة في الفرق بين الأمرين وبأن جميع التصرفات

( ١ ) انظر الفرق المجلد الثالث في ح ٢٢٩ الى ح ٢٣٥ .

( ٢ ) انظر ح ٢٣٧ من المجلد الثالث هامش الفرق .



الصادرة من الانسان في حال طفولته وعدم رشده ، كالبيع والضمان والدين وسائر العقود المالية ، بل والعيادات . هذه التصرفات لا تصح منه في هذه المرحلة من مراحل حياته ، وذلك لأن الزامه بها مشروط بقابليته للالتزام ، وهو مسلوب القابلية في هذه المرحلة من حياته ، وذلك لا ينافي ان يعتبر الشارع له في هذه الحالة ذمة تلازم وجوده وتكون بمنزلة الرعاء لغرامة ما يجنيه على الأموال والأنفس بالأفعال التي لم يعتبر الشارع في سببها لضمان شرطاً زائداً على وجودها المؤدي لاتلاف مال الغير بأي نحو كانت ، هذا كله بالنسبة الى وجود الذمة بوجود الانسان .

وقد اختلفت آراء ائمة المذاهب في بقاء الذمة بعد الموت وعدمه بمعنى ان الثابت في الذمة ينتقل بالموت الى اموال الميت ، او يبقى بذمته الى ان يستوفيه صاحب الحق من امواله .

فالملكية وبعض العنابة يدعون ان الذمة تتلاشى بالموت ، فاذا مات وعليه دين لغيره تعلق بامواله وان لم يكن عنده من الاموال شيء تسقط الديون عنه .

ويدعي الشوافع وبعض العنابة ان الذمة لا تتلاشى بالموت وتبقى الديون في ذمته الى ان توفي من امواله ، ومثلوا لذلك بما لو باع بعض الاعيان في حال حياته وقبل ان يردها المشتري بالميب توفي البائع فان ذمته تكون مشغولة بالثمن الذي استلمته من المشتري ، وما لو حفر حفرة في الطريق العام ، وبعد موته تردى بها انسان او حيوان ، فانه يكون مضموناً على الميت ، ويلتزمون ببقاء الديون التي كانت عليه في ذمته الى ان تؤدي لاصحابها او يضمها احد عنه . وقال الاحناف ان الذمة لا تتلاشى بالموت ولا تبقى كما كانت في حال الحياة ولكنها تخرب بمعنى انها لم تعد صالحة لشيء ، وتلكوى اذا ترك الميت مالاً او كفيلاً عنه فان لم يتروك مالاً ولا كفيلاً سقط الدين عن ذمته ، واذا كان الدين مسترقاً

لامواله تبقى تركته بحكم امواله ، اما اذا كانت التركة اكثرو من الدين فلاخفاف فيها اقرارال ثلاثة ، الأول : انها تبقى على حكم ماله ، وتخرج فيها ديونه ، الثاني : انها تنتقل الى ورائه ، الثالث : ان ما يقابل الدين يبقى بحكم امواله والزائد ينتقل لورائه (١) .

وقد اجمع فقهاء الشيعة على ان الذمة تتلاشى بالموت ، ولا يبقى للانسان ذمة بعد موته ، ذلك لأنها عبارة عن كون الشيء في عهده بمعنى انه مسئول عما هو عليه وملزوم برده الى مستطه ، والميت لا يتصور في حقه ذلك ، لانه اشبه بالجداد ، ولذا فهو لا يملك شيئاً بعد موته ، لأن الملك اضافة بين المالك والمملوك ، والميت لا يصلح ان يكون طرفاً للاضافة .

وبما يؤيد ان الذمة تتلاشى بالموت ان الدين المتعلق بذمة الانسان يتعلق بامواله عند موته وينتقل حتى الغرماء اليها ، ولا يملك الوارث الا ما يبقى منها بعد وفاء الدين كما تنص على ذلك الآية الكريمة . من بعد وصية يوصى بها او دين .

وقال السيد محمد بحر العلوم في بلغة الفقيه : وحيث ان الميت لا ذمة له تعين الوفاء من المال الموجود لانطباق الكلبي الذين اشتغلت به ذمته على الصداق المنحصر فيه (٢) .

على انه اذا لم يملك المال الذي كان في يده فبقائه الدين في ذمته لغو لا ترتب عليه اي فائدة ، هذا بالاضافة الى ان الاحكام تكليفية كانت ام وضعية لا تتعلق بالمعدومين والميت بحكم العدم ، والأمثلة التي اوردها الشوافع وبعض الخنابلة لاثبات ما ذهبوا اليه من بقاء الذمة بعد الموت ، هذه الامثلة لا تصلح لاثبات هذه

---

(١) انظر الجزء الاول من مصادر الحق للشهري ص ١٦ و ١٧ .

(٢) انظر ص ٣٩٣ من البقرة مبحث الوصية ، والجواهر في الفقه كتاب الحجر مسألة انتحال التركة الى الوارث فيما يقابل الذي على الميت ، وقد صرح في خلال بحثه لهذه المسألة ان الميت لا تبقى له ذمة بعد الموت .

الدعوى ، ذلك لان المشتري اذا فسخ بالعيب ورد المبيع بعد موت البائع ، فان كان الثمن بعينه موجوداً في هذه الحالة كان مسلطاً عليه بعينه ، وان لم يكن موجوداً كان من جملة الديون المتعلقة بامواله ، ويقدم حق المشتري على بقية الغرماء اذا استقرت الديون تمام متروك الميث ، واذا لم يكن له مال غير المبيع تسلط المشتري عليه ولا يحق لغيره من الغرماء مزاحمة (١) ، فليس في هذه المسألة ما يشير الى بقاء الذمة بعد الموت .

وكذلك بالنسبة لمن حفر بئراً في الطريق العام وبعد موته تردى بها انسان او حيوان وتلف بسبب ذلك فان الغرامة تتعلق بامواله كما هو الحال في الديون التي كانت عليه ، والمصحح للاحاقها بالديون وجود السبب منه قبل وفاته .

وقد اورد هذه الامثلة الشيخ محمد حسن النجفي في كتاب الحبر من الجواهر قال في الكتاب المذكور : ولو كان على الميت عهدة كما لو كان قد حفر بئراً في طريق المسلمين عدواناً فتردى بها انسان بعد موته ، او كان قد جنى على احد فأتت جنايته الى موت المجني عليه بعد وفاة الجاني ، او رد المشتري المبيع بالعيب بعد موت البائع مع فرض تصرفه بالثمن ، فان لم يكن قد تصرف الوارث بالتركة وجب الاداء منها بلا خلاف اجدده فيه ، كما وانه لا خلاف في المقام بانتقال التركة الى ملك الوارث قبل حدوث الضمان وان كان السبب متقدماً ، لان مجرد تقدمه لا يوجب بقاء تركته على حكم مال الميت لعدم تحقق الدين حين وفاته ، اللهم الا ان يدعى الكشف ولا دليل عليه (٢) ووجوب الاداء منها اعم من كون الدين سابقاً على الوفاة ، وازداد الى ذلك انه في مثل المقام لا مجال للتردد في انتقال التركة الى الوارث بمجرد الموت ، ولا سيما بعد ان رجعت انتقالاتها

---

(١) انظر مكاسب الشيخ مرتضى الانصاري . احكام الخيارات (٢) والمراد في الكشف في المقام هو ان يكون موت المجني عليه بعد وفات الجاني كشفاً عن تعلق الغرامة بذمة الجاني قبل وفاته بنحو يكون لوفاته المتأخر اثر رجعت بالنسبة الى الغرامة .

اليهم في صورة سبق الدين على الوفاة ، وكل ما في الامر ان حق الغرماء يتعلق بها كتمتلك حق المرتهن بالعين المرهونة ، او بمعنى وجوب الاستيفاء منها اذا لم يدفع الوارث الدين الثابت على مورثه .

واذا كان قد تصرف الوارث في التركة قبل ان يتردى انسان في البئر الذي حفره الميت مثلاً ، وقبل ان يموت المضروب متأثراً بتلك الضربة ، فقد ذهب الشهيد في القواعد الى فساد التصرف الحاصل من الوارث لتعلق الحق بالتركة ، ولكنه في الجواهر رجح في مثل هذه القروض تعلق حق الغرماء بضمن التركة فيما لو تصرف بها الوارث بالبيع ونحوه من المعاوضات ، لان الثمن يدل عن الاعيان التي يجب على الوارث وفاء الدين منها بعد ان فرضنا انه يجب عليه وفاء الدين من متروكات مورثه « ٢ » .

وليس في هذا النص الفقهي وغيره من النصوص ما يشير الى تعلق الغرامة في هذه الامثلة ونظائرها بذمة الميت او ما يشعر ببقاء الذمة الى ما بعد الموت

---

(١) انظر الجواهر الفصل الذي عقده لانتقال التركة الى المورث وعدمه من كتاب الحيز .

## عوارض الأهلية

### ٤

لقد ذكرنا في معرض حديثنا عن الذمة في الفقه الجعفري ان الانسان يصلح لأن تتعلق به الحقوق سواء كانت له ام عليه ، وهذه الصلاحية المعبر عنها في الفقه الغربي بأهلية الرجوب توجد مع الانسان بمعنى انه يصلح لأن تتعلق به الحقوق التي له وعليه ، فكما يملك منذ وجوده المال الذي تركه مورثه والموهوب له والمرص به له كذلك تتعلق بذمة الحقوق التي لغيره كما لو ائلف مال غيره او جنى عليه بأي نحو وقع العمل المؤدي الى الائتلاف او الجناية وبدون ملاحظة اي امر زائد على العمل المادي المؤدي الى الائتلاف والجناية على النفس او احد الاعضاء .

أما بالنسبة الى الحقوق والالتزامات الناتجة عن الاعمال الارادية كالديون والضمانات عقود المعاوضات وغير ذلك مما هو متداول في نقل الاعيان وانشاء الحقوق ، هذا النوع من التصرفات لا بد وان تتوافر في الشخص الصالح للقيام بهذه المعاوضات الشروط التي اعتبرها الشارع كالبلوغ والرشد والعقل وعدم الحبر عليه بأحد الاسباب التي تحد من تصرفاته ، وقد ذكرنا ان الصبي قبل بلوغه مرتبة التمييز لا يصلح لأداء شيء من تلك الافعال بنظر الشرع والقانون ، وقد انفى الشارع جميع تصرفاته ، فلا يترتب على عقود النقل والانتقال المقصودان من عقود البيع والصلح والاجارة ونحو ذلك ، ولا تشتغل ذمته بالدين كما لا تصح وصاياه وهباته وجميع التزاماته مهما كان نوعها ، واذا بلغ سن التمييز اشرف على

الاستقلال بأموره ، و جاز له ان يتصرف في بعض شؤنه فتصح وصاياه في موارد الخير والاحسان ، وطلاقه ينظر بعض الفقهاء ، وبيعه وشرائه باذن وليه او بإجازته المتأخرة كما رجع في ذلك بعضهم ، على شرط ان لا تنطوي معاملته على غبن مضر بحاله ، او تكون على خلاف مصلحته .

واذا بلغ من الرشد والبلوغ حسب التحديد الذي ذكرناه تكاملت اهليته واصبح قابلاً للالتزام والالتزام وتم له الاهلية المطلقة في جميع شؤنه وتستمر الوفاة الا اذا عرض عليه ما يمنع من اهليته بقيام بتلك الاعمال ، كالجنون والعته والسكر والسفه والمرض المتصل بالموت ونحو ذلك مما يحد من سلطته . وهذه العوارض منها ما يمنع من اهليته لجميع التصرفات ذات الأثر الشرعي ، كالجنون والعته والسكر المزيل للعقل والنوم ونحو ذلك من الحالات التي يفقد فيها ارادته واختياره ، ومنها ما لا يكون له هذا التأثير على اهليته المطلقة كالمرض والمجهور عليه لسفه وغير ذلك الموارد التي ضيق فيها الشرع والقانون سلطة المالك حرصاً على حقوق الآخرين .

اما الجنون فقد نص الفقهاء بأنه اذا استولى على الانسان في جميع حالاته فلا تصح تصرفاته مالية كانت او غيرها ، ولا يكون ملزماً بشيء من التزاماته لان العقل من الشروط العامة التي لا بد منها في جميع الاعمال عند جميع الفقهاء ، ويجد المتتبع هذا الحكم مبثوثاً في الابواب الفقهية في العقود على اخلافها والدين والضمان والحالة الوصية والطلاق وسائر الابواب ، ويستثنى من ذلك ما اذا لم يكن الجنون مطبقاً ، بأن كان في وقت عون اخر ، ففي حال سلامته تصح منه جميع التصرفات وتترتب عليها الاثار المقصودة منها ، وقد اعتمد الفقهاء في اعتبارهم هذا الشرط في صحة التصرفات على الحديث المشهور المروي عن النبي ( ص ) المعروف بحديث رفع القلم ، وقد جاء فيه : رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ . ومنه ومن غيره من النصوص اعتبر الفقهاء

السلامة من هذا العارض من الشروط العامة في جميع المعاملات والالتزامات ، ومع ان الحديث بظاهره يمكن شموله لجميع الاثار بالنسبة لما يصدر عن المجنون والصبي والتي من جملتها ضمان المتلفات وارش الجنايات ونحوهما ، ومع ذلك فقد التزم الفقهاء بعدم صحة عقودهم ومعاملاتهم والتزاماته اعتياداً على الحديث المذكور ، وبقاء الآثار الاخرى كضمان المتلفات وارش الجنايات فيما لو ائلف المجنون او جنى على غيره ، ولعل نظرم في ذلك الى ان الحديث ناظر لحكم الأفعال الصادرة من البالغ الجامع لشروط الاهلية بمعنى ان هذه الأفعال التي تترتب عليها اثارها اذا اوجدها الصبي او المجنون لا تصح منها ولا تترتب عليها اثارها ، اما الافعال التي اعتبرها الشارع سبباً لبعض الآثار بمجرد وجودها كالاتلاف والجنايات هذا النوع من الافعال ليس مشمولاً للحديث المذكور وغيره من الاحاديث التي تعرضت لحكم افعال الصبي والمجنون ونحوهما .

وبتعبير اكثر وضوحاً ، هو ان المرفوع عن الصبي والمجنون ومن يحكمهما الآثار المترتبة على الافعال بما هي مقصودة لفاعلها ، والضمان في مورد الاتلاف والجنايات ثابت لهذين الموردين بذاتها وبدون اي شرط آخر (١) .

واما المعتوه فهو المصاب بخلل في عقله يؤثر عليه احياناً ويلحقه بالجهانين ، ويبدو احياناً هادئاً كالعقلاء فلا يستقر على حالة من نوع واحد ، وقد اختلف الاحناف بالصبي المميز فاجازوا تصرفاته النافعة له بدون اجازة وليه ، وابطلوا من تصرفاته ما كان مضراً بحاله كطلاقه لإمرأته واقتراضه لاله وهباته على حد تعبيرهم سواء اجازها الولي ام لا ، كما صححوا من تصرفاته ما كان محتماً للنفع والضرر باذن الولي كبيعه وشرائه . واختلف المالكية بالصبي سواء استمر جنونه او كان في حالة دون اخرى ، ووافقهم على ذلك الحنابلة ، ولم يفرقوا بينها الا من ناحية واحدة

---

(١) انظر منية الطالب في شرح المسالك القوساري ص ١٧٣ و ١٧٤ .

وهي ان الصبي اذا بلغ مجنوناً لا يجبر عليه الا بحكم الحاكم بخلاف المعتوه فكيف حالته للجبر عليه (١) .

وليس للمعتوه حكم يختص به في الفقه الجعفري ، فان كانت حالته مستمرة فهو من المجانين الذي لا تصح تصرفاتهم والتزاماتهم ولو اذن بها الولي ، واذا لم يكن بهذه الحالة بأن كان يصح احياناً ويحتفظ بشعوره ومداركه ويغيب احياناً اخرى ، فما يصدر منه في حال صحوه وسلامته يقع صحيحاً وترتب عليه آثاره ، وما يصدر منه في حال جنونه يقع فاسداً (٢) .

وقد اختار الدكتور محمد يوسف رأي الجعفريين في هذه المسألة ، قال في كتابه المدخل لدراسة نظام المعاملات : الحق فيما ترى ان نجعل الحكم في تصرفاته من حيث الصحة والبطلان تبعاً لحالته العقلية ومقدار ادراكه ، فان كان كالصبي المميز الحق به ، وان كان دونه كان حكمه حكم غير المميز ، وهكذا يختلف الحكم على تصرفاته باختلاف ما هو عليه حين صدور التصرفات منه والى هذا الرأي ذهب الدكتور سليمان مرقس في كتابه نظرية العقد .

قال في الكتاب المذكور : العتة مربية من الجنون ، وقد نصت المادة ١١٤ من القانون المدني على ان تصرف المعتوه والجنون يقع باطلاً اذا صدر بعد قرار الجبر ، اما اذا صدر قبل ذلك فلا يكون باطلاً الا اذا كانت حالة الجنون شائعة وقت التعاقد ، او كان الطرف الآخر على بينة منها (٣) وما اورده الدكتور مرقس عن القانون المدني ، هو الذي استقر عليه الفقه الجعفري ، فان الامراض العقلية انما تمنع من صحة التصرفات اذا اقترنت بتلك التصرفات ، ولا تؤثر في صحة التصرفات الواقعة في حالة السلامة ، ومع الجهل بالحال كما لو تردد الأمر بين

- 
- (١) انظر الفقه على المذاهب الاربعة ج ٢ ص ٢٦٧ من كتاب الجبر .  
(٢) انظر ملحة الفقيه كتاب الرصة شرائط الرصي والموصى به ، والجواهر شرائط المتعاقدين .  
(٣) نظرية العقد ص ٢٢٨ ، والمدخل للدكتور محمد يوسف ص ٢٣١ .



وقرر المعاملة في حالة الصحة او الخلل فلا يبعد البناء على صحة العقد في مثل هذا  
الفرض اعتماداً على اصابة الصحة في العقود (١) .

ومن الموانع عن صحة التصرفات والمعاملات السكر ، وهو من العوارض  
التي تعرض على الانسان نتيجة لبعض المشروبات التي تحدث اختلالاً في العقل بحيث  
يفقد توازنه في فترة من الزمن تطول وتقصّر حسب انواع المشروبات واستعداد  
الاجسام ، وقد يصبح الانسان مجالة يفقد معها الوعي والقصد في افعاله واقواله ،  
وقد اجمع الجعفريون في فقههم على عدم صحة عقود ومعاملاته وطلاقه وغير ذلك  
من العقود والابقاعات ، كما لا تصح منه العبادات على اختلاف انواعها في تلك  
الحالة مادام فاقداً لشعوره وادراكه ، بل هو كالجهانين والصبيان من حيث عدم  
ترتيب الآثار الشرعية على تصرفاتهم التي اعتبرها الشارع موضوعاً للآثار اذا حدثت  
عن قصد واختيار ، وذلك من غير فرق بين ان يكون السكر فاجحاً عن امر  
يباح له فعله كما لو شرب الخمر للتداوي ونحوه ، او استعمله تشبهاً اشباعاً لشهواته  
وغرائزه ، ومن غير فرق بين ان يكون مضطراً لشربه او مختاراً في ذلك .

وجمل القول ان الفقه الجعفري ينظر اليه بذاته مع قطع النظر عن جميع  
الأسباب والملابسات التي قضت على الانسان ان يستعمل هذا النوع من المشروبات  
المؤدية الى عدم التوازن ، وكل ما في الأمر انه اذا كان مضطراً اليه ، كما لو اكره  
على شربه ، او استعمله للتداوي ونحوه لا يكون مسؤولاً عند الله في مثل هذه  
الحالات .

ويلتقي الجعفريون مع جماعة من الفقهاء في هذه المسألة وعلى رأسهم ابن القيم  
في اعلام الموقعين .

---

(١) الا ان يرجع الشك في المقام الى الشك في صدق العقد بناء على ان سلامة المتعاقدين من  
هذا المارض من اركان العقد وحينئذ لا نغرز وجود العقد ما دمنا نحتمل وقوعه في حالة  
الجنون ، لان اصابة الصحة في العقود انما تثبت صحة العقد بمد اسواز وجوده .

قال في المجلد الرابع من الكتاب المشار اليه بعد ان ذكر جماعة من الغائلين بصحة عقود وطلاقه وعينه : « والصحيح انه لا عبرة باقراره من طلاق وعناق وبيع وهبة ووقف واقراء ونحو ذلك لبضعة عشر دليلاً بالإضافة الى الآلة الكريمة « يا ايها الذين امنوا لا تقرروا الصلاة واتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » ، « ١٠ » . والرأي الشائع المنتشر بين فقهاء اهل السنة صحة صلاته وجميع عقود ومعاملاته ويؤيد ذلك ما جاء في المدخل لنظام المعاملات للدكتور محمد يوسف : « اما جمهرة الفقهاء فلا تنظر الى السكر لذاته باعتبار كونه مزيلاً للعقل الذي هو المناط في التكليف وصحة التصرفات من حيث ترتيب الاثار عليها ، وانما ينظرون اليه من ناحية اسبابه ، وانه وقع منه باختياره ام كان مكرهاً عليه . ومن اجل ذلك يفرقون بين ان يكون بأمر مباح كالبيع والدواء والاكرام الملبىء ونحو ذلك وبين ان يكون بارادته واختياره فان كان بأمر مباح لا تصح تصرفاته ذوات الاثار الشرعية ، لكونه معذوراً والحالة هذه ، ولأنه في هذه الحالة غير قادر على امتثال الاحكام الشرعية ، فلا يصح خطابه وهو بهذه الحالة ، وان وقع منه ذلك بدون سبب ملجئ اليه وبدون مسوغ لشرب المسكرات ، تصح منه جميع عقود وتصرفاته من طلاق وبيع واجارة وهبة وغير ذلك ، وتلزمه جميع احكام الشرع عقوبة له وتكديلاً به ، واختار هو رأي الامامية في هذه المسألة « ١١ » ، المستمد من نصوص الكتاب والسنة النبوية ، والمرويات الكثيرة من ائمة الشيعة (ع) هذا بالإضافة الى النصوص التي اعتبرت العقل من الشروط العامة التي لا بد منها في صحة التكليف وفي نفوذ التصرفات ذوات الاثار الشرعية كالعقود ونحوها ، والمجنون يفقد ادراكه وتوازنه .

(١) انظر المجلد الرابع من اعلام الموقعين ٤٧ و ٤٩ ٢ - انظر المدخل ص ٢٣٣ و

## السفه

٦

ومن عوارض الأهلية السفه ، وهو عبارة عن التصرف في الأموال في غير الأغراض الصحيحة كما نص على ذلك جماعة من الفقهاء ، ويقابله الرشد الذي لا بد منه في صحة التصرفات ، فان لم يكن رشيداً بأن كان مبذراً لا يضع الأمور في محلها ولا يحسن ادارة أمواله لا تصح معاملاته واقراراته سواء تعلقت بالاعبات الخارجية او بالذمة ، ولا يلزم من بطلان تصرفاته المالية بطلان جميع تصرفاته التي لا تتعلق بأمواله كطلاقه ، واقراره بالنسب ونحو ذلك مما لا يعود الى التصرف بأمواله ، ومن ذلك تبين أن السفه لا يلحق الانسان بالأطفال والمجانين الفاقدين لأهلية التصرف في كل شيء ، فالسفيه يملك أهلية التصرف ولكنها أهلية ناقصة لا تمتد إلى حدود التصرف في أمواله حرصاً على أمواله من الضياع والتلف ، لكي لا يؤدي به الحال الى تبذير أمواله ، وبالتالي الى تكفّف أوجه الناس فيما لو ترك له الشارع حرية التصرف ، ولذلك قد حصر عليه الشارع أن يبيع ويؤجر ويجب ويقر بالأموال ، ولو فعل شيئاً من ذلك بعد التحجير عليه لا تترتب على أفعاله الآثار التي أقرها الشارع وتسلم عليها العقلاء وأهل العرف ، فلو اشترى السفيه من شخص لا يصح البيع والشراء ويسترجع البائع المبيع من السفيه لو كان موجوداً ، فان أكله السفيه لا يكون مضموناً عليه ، لان البائع بعد علمه بسفه المشتري وبأن السفيه لا تصح معاملاته يكون قد غرض ماله للتلف ، كما ذهب الى ذلك اكثر الفقهاء . ورجح في الجواهر الضمان على السفيه في هذه الصورة ، وذلك لان التسليط

الحاصل من البائع لم يكن مطلقاً وعلى كل حال حتى ولو يسلم له الثمن ، وإنما هو في مقابل العوض الذي تم الاتفاق بينها عليه في مقابل البيع .

والمتحصل من ذلك انه لم يأذن له باتلاف ماله أذاً مطلقاً ليكون هو المسقط لاحترام ماله ، بل كان أذنه مشروطاً بسلامة العقد الموجب لدخول العوض في ملكه ، وحيث لم يتحقق الشرط يتمتع بوجود الشروط وهو الاذن بالتصرف فيه على كل حال (١) .

وهل يجبر على السفيه أن يتصرف بماله بمجرد ظهور السفه او يتوقف الجبر عليه على حكم الحاكم بالتجبر الذي رجحه المحقق في الشرائع ووافق عليه جماعة من المتأخرين عنه من الفقهاء الجعفرين ان له أن يتصرف في أمواله بالبيع والشراء ونحوهما من التصرفات النافذة قبل التجبر عليه من الحاكم الشرعي ، كما لا يزول التجبر عنه الا بحكم الحاكم ولو زال السفه ، واعتمدوا في ذلك كما يبدو من من النصوص الفقهية على أن السفه ليس من الامور الواضحة التي لا تقبل الجدل والتشكيك ، ولذا كان محللاً لاختلاف الآراء ، فبين من توسع فيه لصورة الاتفاق لكل ما لا يليق بماله حتى ولو كان الاتفاق في الخيرات بنحو لم يكن لائماً به ، فضلاً عن الاتفاق في المحرمات ، وبين من اقتصر على صرف المال في غير الاغراض الصحيحة بنظر العقلاء ، ولأجل ان معناه لم يكن واضحاً عند الجميع كان من المواضيع الاجتهادية ، والمواضيع التي بهذا النحو اذا كانت موضوعاً لاث شرعي أو لحكم شرعي لا بد من تحديد موضوعاتها من قبل الشارع ، كما وان أحكامها بيده رفعاً ووضعاً . هذا بالإضافة الى احالة الصحة في التصرفات الصادرة من السفه قبل التجبر عليه ، والى اصابة عدم المانع في نفوذ تصرفاته في هذه الحالة ، ما دمتا نحتمل ان السفه وحده لا يمنع من نفوذ التصرفات .

---

(١) انظر كتاب الحجر من الجواهر مسألة بطلان البيع بعد الحجر على السفه .

اما بالنسبة الى صحة تصرفاته بمجرد زوال السفه وقبل حكم الحاكم ،  
فلاستصحاب يقضي بعدم صحة تصرفاته قبل الحكم بزوال الحبر عنه .

وفي مقابل هذا الرأي رجح اكثر الفقهاء ومنهم صاحب الجواهر ان الحبر  
لا يتوقف ثبوته عند ظهور السفه ، ولا زواله عند حصول الرشد على الحكم  
به من قبل القاضي الشرعي اعتمادا على الآية الكريمة .

« ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم واكسوم  
وقولوا لهم قولاً معروفاً » .

وقد جاء في تفسيرها : ان المراد عدم تمكين السفهاء من اموالهم ، وذلك  
للقرائن المحيطة بها والتي منها قوله وارزقوهم واكسوم ، ومن المعلوم انه لا يجب  
الاتفاق على السفهاء من غير اموالهم ، وهذا التفسير لا يتنافى مع اضافة الأموال  
الى المخاطبين ، وذلك لأن الاضافة تصح لأقل مناسبة كما يظهر من تتبع في موارد  
استعمال الألفاظ ، والمسوخ لها في المقام هو ان الأولياء مكلفون بحفظها والتصرف  
فيها لمصلحة السفهاء ، فهم لذلك بمنزلة المالكين لها ، وبذلك تم دلالة الآية على ان  
السفه بنفسه يمنع من صحة التصرفات المالية التي يقوم بها السفه قبل التحجير عليه  
من الحاكم .

على انه لو صحت التصرفات بمجرد ظهور السفه وقبل الحكم عليه بالتحجير ، كما  
هو الظاهر من القائلين بأن ظهور السفه لا يكفي لأن يكون بنفسه مانعاً عن  
صحة معاملات السفه ، لم يكن الرشد شرطاً في تمكينهم من اموالهم ، مع انه  
هو المستفاد من منطوق الآية الكريمة .

فان آتستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم « ١ » .

---

( ١ ) انظر المصدر السابق كتاب الحبر .

ثم ان الخلاف الواقع بين فقهاء الامامية في احكام السفه ، هذا الخلاف الذي اشرنا اليه بصورة موجزة وبدون تحقيق لبيان الصحيح من تلك الآراء واقع بين فقهاء المذاهب الأربعة .

فالأحناف والشافعية توسعوا في معنى السفه الى حد الاسراف بالمال وصرفه في المحرمات والاهل والخيرات اذا كان اتفاقه في هذا السيل مضرّاً بحاله ، وقد استثنى الشوافع هذا النوع من التصرف عن حدود السفه (١) .

ويرى اكثر الأحناف ان الرشد والسفه باعتبارهما صفة للمكلف لا بد فيهما من حكم الحاكم ، وخالفهم في ذلك محمد بن الحسن والمنسوب الى ابي حنيفة الزعيم الاول لهذا المذهب ، انه لا يجوز التعبير على العاقل وان كان سقيماً ، فاذا لم يثبت رشده لا تسلم اليه امواله حتى يبلغ خساً وعشرين سنة ، فاذا تصرف في ماله قبل بلوغ هذا السن كان تصرفه صحيحاً نافذاً وان لم يثبت رشده قبل بلوغ هذا السن ، لان التعبير عليه يتنافى مع حريته وانسانيته ، وهما اجل خطراً من المال الذي يراد حفظه بالتعبير عليه ، وتصح عقوده وتصرفاته المالية باذن الولي كما تصح عقود الصبي المميز .

اما نكاحه وطلاقه وعقده ووصيته بثلث ماله فلا خلاف عندهم في نفوذها اذا كان بالغاً .

ويدعي المالكية في هذه المسألة . ان السفه هو عبارة عن سوء التصرف بالمال ، ولم يتخطوا هذا التعبير في مقام تحديد المعنى الشرعي لسفه ، وهو لا يتنافى مع التعديدات التي نقلناها عن الجعفرين وغيرهم من الفقهاء ، وازاد المالكية الى ذلك ان الشخص اذا اتصف بهذه الصفة سواء كان ذكراً او انثى يستحق التعبير عليه ، فان عرض له السفه بعد بلوغه ولو بسنة ، فلان الجبر عليه في هذه الحالة من

---

(١) وقد اشرنا فيما مضى ان تحديد السفه بهذا المقدار وأي جماعة من فقهاء الامامية .

حقوق ابيه لأن ذلك الزمن قريب من حد البلوغ فهو بعكم الصبي ،  
 واذا عرض عليه بعد مضي زمن على البلوغ أكثر من ذلك ، فالذي يتولى التحجير عليه  
 الحاكم الشرعي ، فإن بلغ الصبي سفياً وكان يتيماً ، ولم يجعل الحاكم له قسماً  
 وتصرف في أمواله في هذه المرحلة من حياته تصح تصرفاته لعدم ما يمنع من  
 صحتها ما دام الحاكم لم يحجر عليه .

ولا يرتفع الحبر عنه إذا عاد لرشده بعد سفهه إلا بحكم الحاكم ، ولو عرض  
 عليه السفه بعد البلوغ وتصرف في أمواله قبل أن يحجر عليه الحاكم تصح تصرفاته  
 المالية وغيرها ، هذا إذا كان السفه ذكراً أما الأنثى فتصح تصرفاتها المالية إذا  
 كانت بالغة سفية عند جماعة منهم ، ورجح بعضهم عدم نفوذ تصرفاتها إلا إذا  
 تزوجت ودخل بها زوجها وأقامت معه مدة من الزمن ، والصغيرة يستمر الحبر  
 عليها حتى تبلغ رشيدة وتزوج ويدخل بها زوجها ويشهد بالإضافة إلى ذلك عدلان  
 من المسلمين برشدها ، فإن تزوجت ولم يدخل بها الزوج يستمر الحبر عليها ولو  
 شهد أكثر من عدلين برشدها .

وقال ابن رشد في بداية المجتهد : ولأصحاب مالك أقوال غير هذه ، منها أنها  
 تبقى في ولاية أبيها حتى تمر عليها سنة بعد دخول زوجها بها .

ومنها أنها تبقى في ولايته حتى تمر عليها سنتان بعد دخول الزوج بها .

ومنها أنها تبقى في ولايته حتى تمر عليها سبعة أعوام من تاريخ دخول الزوج  
 بها (١) . وذهب الشوافع إلى أن الصبي إذا بلغ رشيداً وعرض عليه السفه وتصرف

في أمواله بيعاً وشراء قبل التحجير عليه تصح تصرفاته المالية بإجماعها ، كما يصح  
 طلاقه وخلعه لامرأته قبل الحبر عليه وبعده ، ولا تبرأ ذمة المتهتمة إلا إذا دفعت

---

(١) انظر كتاب الحبر ص ٢٢٦ من بداية المجتهد لابن رشد .

عوض الخلع لوليّه (١) ولا يصح نكاحه الا بإذن وليّه ، وإذا عين له الولي امرأة خاصة فتزوج من غيرها لا يصح العقد ، ولا يلزمه شيء من المهر فيما لو تزوج بدون إذن الولي وان لم تعلم الزوجة بسفه (٢) كما لا تصح اقراراته بالمال . وقال جماعة منهم ان معاملاته بعد التحجير عليه لا تصح منه ولو أذن له الولي ولم يتعدى الحدود المأذون بها .

ويبدو ان الحنابلة اكثر انسجاماً مع الأدلة من فقهاء المذاهب الثلاثة ، فلقد صححوا عقودهم وتصرفاته اذا كانت بإذن الولي لا غير ، كما صححوا نكاحه مع الحاجة اليه بهر المثل بدون إذن الولي حتى ولو منعه منه ، ويصح عندهم منه الظهار والاقرار بالنسب ، وتلزمه احكامه من النفقة وغيرها كما يصح منه الاقرار لغيره بالأموال سواء كان المقر به من الأعيان الخارجية ام في الذمة ، ويلزم باقراره بعد رشده وزوال الحبر عنه ولو علم وليه بصدقه فيما اقر به لزمه الوفاء بما في يده من اموال المحجور عليه .

ويختلف الحنابلة عن الجعفرين في هذه المسألة اختلافاً كلياً فقد اجمع فقهاء الامامية على بطلان اقراراته بالأموال من غير فرق ان تكون في الذمة او في الأعيان الخارجية (٣) .

ويبدو من مجموع ذلك ان الخلاف بين الامامية وغيرهم من فقهاء المذاهب

---

(١) قال في الشرائع : ولا يجوز تسليم عوض الخلع اليه ، و اضاف في الجواهر اذا كان ما لا مان كان هو الذي اوقع الخلع .

(٢) ونقل في الجواهر عن العلامة عن السلامة في التذكرة والشيخ الطوسي في المبسوط ان السفه لو تزوج بغير إذن الولي مع الحاجة اليه وعدم موافقة الولي على زواجه كان نكاحه صحيحاً نافذاً ، ولا خلاف بين فقهاء الامامية على صحة نكاحه اذا أذن له الولي وعين له المهر والزوجة ، وان عين له الزوجة دون المهر صح نكاحه بهر المثل ولقبي المهر الذي عينه الزوج . (٣) انظر المصدر السابق والمسالك للشيد الثاني كتاب الحبر .



الأربعة بعينه الا ما شذ واقع بين فقهاء الامامية انفسهم .  
والرايان اللذان نقلناهما عن الامامية بالنسبة الى ان السفه بمجرد سبب في  
التحجير على السفه كما رجح ذلك في الجواهر ، او ان السفه لا يكفي الا بعد الحكم  
بالتحجير من قبل الحاكم كما ذهب الى ذلك الحق في الشرائع وجماعة من المتقدمين  
عليه والمتأخرين عنه من الفقهاء هذات الرايان متساويان من حيث الشهرة بين  
فقهاء الامامية تقريباً ، ويلتقي الرأي القائل بأن التحجير على السفيه لا يكون  
الا بحكم القاضي ولا يرتفع الا بحكمه ، هذا الرأي يلتقي مع المادة ٦٥ من  
القانون المدني المصري للمتلقي بالولاية على المال ، فلقد جاء فيها : انه يحكم بالحجر  
على البالغ لجنون والسفه ، ولا يرتفع الحجر الا بحكم ، كما نصت المادة المذكورة  
ان المحكمة اذا اوقعت الحجر عليها صارا ناقصي الأهلية كالصبي المميز ، فيسري على  
تصرفاتها التالية لتسجيل قرار الحجر ما يسري على تصرفات الصبي المميز اما  
التصرفات السابقة على قرار الحجر فلا تكون باطلة ان كانت من التبرعات ،  
ولا قابلة للابطال ان كانت من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، الا اذا  
كانت نتيجة استغلال او تواطىء كما نص على ذلك ١١٥ .

### الاولياء ومراتبهم

ويتفق القانون المدني مع الفقه الشيعي في مراتب الاولياء على اموال القاصرين  
لصغر او جنون ، فالولاية اولاً للأب والجد ثم للوصي الذي بعينه الأب ، فان  
لم يكن احد من هؤلاء تكون الولاية للحاكم ، هذا الترتيب بعينه هو المتفق  
عليه بين الجعفرين ، اما اذا كان التحجير على البالغ لسفه او افلاس او جنون  
طارىء بعد البلوغ ، فالولاية عليه للحاكم عند اكثر الجعفرين ، وذهب جماعة  
منهم الى بقاء ولاية الاب عليه بالنسبة الى الجنون الطارىء عليه بعد البلوغ ، كما ان  
الاحمال التي يسوغ للوالي مباشرتها تتفق في الغالب مع آراء الجعفرين (١) .

(١) نظرية للمعد للدكتور سليمان مرقس ص ٢٢٩ الى ٢٣٤ ، وانظر الجواهر في الفقه  
الجعفري الفصل الذي نص فيه على احكام السفيه ، بلمة الفقيه لبحر العلوم مسألة الولاية .

قال الدكتور مرقس في نظرية العقد : ان الأب يملك ان يباشر عن ولده جميع التصرفات النافعة ولا يملك مباشرة التصرفات الضارة الا اذا كانت اداء لواجب انساني او عائلي واذنت بها المحكمة (١) اما التصرفات التي تدور بين النفع والضرر فيملكها الاب (٢) .

وعند الجعفريين ان الولي الجبري يملك التصرفات النافعة بالاتفاق ، ولا يملك الضارة بالاتفاق ايضاً ، اما التي لا تضر بماله ولا تجلب عليه نفعا فقد رجح جماعة بأن له ان يقوم بهذا النوع من التصرف ، والذي ذهب اليه اكثرهم انه لا يملك الا ما كان فيه مصلحة للمولى عليه ، واصرح الأدلة التي اعتمدها انصار هذا الرأي قوله تعالى :

« ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن (٣) »

واذا انقطعت ولاية الاب عليه بالبلوغ والرشد ثم طرأ عليه سبب يقتضي التصجير فلا تعود الولاية عليه للأب كانهت على ذلك المادة ١٨ من قانون الولاية على المال كما صرح بذلك في نظرية العقد ، ونص عليه فقهاء الشيعة ايضاً .

قال السيد محمد بحر العلوم : لو كان الجنون عارضاً عليه بعد البلوغ والرشد فالأقوى ولعله الأشهر ان الولاية في مثل ذلك للعالم الشرعي دون الولي الاجباري لانقطاع ولايته بالبلوغ والرشد ، ونظير ذلك ما لو بلغ سقيها بنحو لم يكن بعد بلوغه متصفا بالرشد ، وفي هذا الغرض رجح جماعة من الفقهاء منهم صاحب الرياض والشهيدان وغيرهم ان ولاية الاب تبقى مستمرة عليه (٤) .

---

(١) والمقصود من كونها اداء لواجب انساني وعائلي هو ان يقترب على التصرف بما له مصلحة عامة تفيد الانسانية وتخدم المصلحة العامة ٢ - نظرية العقد ص ٢٣٢ ٣ - بلغة الفقيه مبحث ولاية الاب على ولده للصغير ٤ - انظر البلغة والرياض في اللغة الجعفري كتاب الحبير

وقد اتفقت المذاهب الأربعة على ان الأب ان يبيع لابنه الصغير وان يشتري له ويبيع من أمواله المنقولة وغيرها بشرط ان يكون البيع والشراء بثل القيمة لا بأزيد منها اذا كان في ذلك مصلحة للقاصر واشترط الأحناف بالإضافة الى ذلك بالنسبة الى بيع الأشياء الثابتة ان يكون الأب محمود السيرة بين الناس ، او مستور الحال ، وفي الأشياء المنقولة يصح البيع اذا كانت لمصلحة الصغير ولو كانت الولي الجبري سبه السيرة على أصح الأقوال (١) . وكما تصحكون الولاية للأب على ولده الصغير تكون أيضاً لجدّه لأبيه ، وله ان يباشر جميع الأعمال الثابتة للأب بالشروط السابقة .

ولو اجتمع الجد مع الأب ، فالأشهر عند فقهاء الإمامية اشتراكهما في الولاية ، وفي مقابل هذا الرأي يأتي الجد في رتبة متأخرة عن الأب ، وعند القائلين بالاشتراك لا فرق بين الجد الأدنى والأعلى فيما لو وجد الأب القاصر مع جد أبيه ، وقد اعتمد انصار هذا القول على رواية عبيد بن زرارة ، قال : قلت لابي عبد الله الصادق (ع) « الجارية يريد ابوها ان يزوجه من رجل ، ويريد جدّها ان يزوجه من رجل آخر ، قال الجد اولى بذلك ما لم يكن مضاراً ولم يكن قد زوجها الأب قبله ، ويجوز عليها ، تزويج الأب والجد . »

ومع انها قد نصت على اعطاء الأب حق الافضلية في مورد التعارض بينها ، فقد دلت أيضاً على نفوذ عقد الأب فيما لو كان هو السابق الى تزويجها ، والمستفاد منها ان الولاية ثابتة لكل منهما من حيث المبدأ ، الا ان الجد له حق الافضلية لو لم تتفق اراهما على شخص بعينه .

وفما يتعلق بصلاحيّة الوصي المختار من قبل الولي الجبري ، فولايته ، على اموال القاصرين مستمدة من سلطة الولي ، فلو ثبت قيدها بناحية من النواحي فليس للوصي

---

(١) انظر للفقهاء على المذاهب الأربعة كتاب الحبر ص ٣٥٨ و ٣٥٩ و ٣٦٠ .

ان يتعدها ، وان لم يجد له انواع التصرف ، فله ان يتصرف في اموالهم بما يعود عليهم بالمصلحة كالبيع والاجارة والمزاولة ونحو ذلك ، وليس له في هذه الحالة ان يستعمل كافة الصلاحيات التي كانت لوليهم الجبري كتزويج الصغير والصغيرة مثلاً ، لاحتمال ان يكون ذلك للأب من حيث ابوه ، وقد رجح اكثر الفقهاء : ان الوصي ليس له ان يباشر هذا النوع من التصرفات حتى لو جعل له الولي صلاحية القيام بهذا العمل ، لعدم احراز قابلية هذا النوع من الحقوق للانتقال الى الغير ، بالاضافة الى ان الصغيرين لا يحتاجان في الغالب للزواج ،

وقد جاء في بعض النصوص ما يؤيد هذا الرأي وفي بعضها ان احدهم سأل عن رجل مات وترك اخوين وبتاً صغيرة وابناً ، فعمد احد الاخوة الوصي وزوج البنت من ابنه ، ولما مات الوصي تولى الاخ الثاني تزويجها من ابنه ، فقيل للعجوبة اختاري احد الزوجين فاخترت الثاني ، فافر الامام ( ع ) اختيارها للذي اختارته ، مع ان الزواج الأول كان بواسطة الاخ المفروض كونه وصياً عليها عليها من قبل ابيها ، ولو كان للوصي صلاحية تزويجها بقتضى وصايته ، كان المتعين إلغاء الزواج الثاني ، والرواية بقتضى اطلاقها تشمل صورة ما لو جعل الولي للوصي هذه الصلاحية ( ١ ) .

وقال الاحناف : ان الولاية على الصغير لايه ومن بعده لوصيه ووصي وصيه ومن بعدهم للبعد ولوصيه من بعده هذا بالنسبة الى الاموال ، وبالنسبة الى النكاح فهي من بعد الأب للابن ولابن الابن وان بعد ، ثم للجدوان كان بعيداً ، ثم للاخ من الاب والام ، ثم للاخ من الاب ، ثم لابن الاخ ولهم وابن العم ، وهكذا بالنسبة الى درجات القرابة على الترتيب ، وازاد الاحناف الى ذلك : ان لجميع هؤلاء ولاية النكاح بالترتيب المتقدم ، ولهم اجبار الصغير والصغيرة في حال الصغر ، وعند فقد العصيات تنتقل الولاية لذوي الارحام الاقرب

---

( ١ ) انظر بلمة الفقيه بحيث ولاية الوصي المنصب من قبل الاب على ارلاده السفار .

فلا قرب . وقال الشوافع : ان ولاية الجد على الصغير ليست في عرض ولاية الاب عليه ، فاذا اجتمع كانت الولاية للاب ، الا اذا كان ناقص الاهلية لسبب من الاسباب فتكون الولاية للجد في هذه الحالة .

واتفق الحنابلة والمالكية على ان الجد لا ولاية له على الصغير سواء كان الاب موجوداً او مفقوداً وكذا الحال بالنسبة الى الأخ والام وسائر العصيات ، واجازوا لمن يحضن الصغير ان يتصرف في امواله لمصلحته ، ولكن ليس عن طريق الولاية ، بل اقراراً لسيرة اهل العرف والعقلاء الجارية بذلك (١) .

وقد اقر القانون المدني وصاية الوصي المختار ، وهو من يعنيه الاب وصياً على اولاده القاصرين واعتبره مقدماً على الجد في الولاية على مال القاصر بشرط ان يكون عدلاً يتمتع بالكفاة والاهلية التامة ، فاذا اجتمعت فيه هذه الشروط يملك التصرفات النافعة للقاصرين ، اما غيرها من التصرفات فإن كانت ضارة لا تصح منه بحال من الاحوال ، وان كانت مرددة بين النفع والضرر بمعنى انها محتملة لها ، فلا بد فيها من اذن المحكمة ، وهذا يعني ان ولايته لا تمتدح التصرفات النافعة ، وعد منها استئجار اموال القاصرين وتصفيتها ، واقتراض المال واقراره ، وايجار العقارات التي يملكها لاكثر من ثلاث سنوات ، وايجار المباني لاكثر من سنة واحدة ، والاتفاق من ماله على من تجب نفقتهم عليه الى غير ذلك من التصرفات التي تتمنح لمصلحة القاصر (٢) .

ونظرية تقديم الوصي المختار على الجد وقصر تصرفاته على التصرفات النافعة ، قد ذهب الى كل منها بعض فقهاء الجعفرين ، ذلك لان القائلين بأن ولاية الجد في مرتبة متأخرة عن ولاية الاب ، قد التزموا بتقديم الوصي المختار عليه ، كما

---

(١) التلغى على المذاهب الاربعة المجلد الثاني ص ٢٥٧ .

(٢) نظرية القدر ص ٢٣٤ و ٢٣٥ .

وان القائلين بأن تصرفات الاب لا تنفذ الا فيما فيه مصلحة لأولاده الصغار ، لا بد ان يلتزموا بذلك بالنسبة الى وصيه ، لان صلاحية الوصي مستمدة من صلاحية الموصي ، والذي رجعته في الجواهر في مبحث الوصية ان الوصي المختار من قبل الاب ليس له التصرف في اموال القاصر ولا تنفذ وصايته مع وجود  
الجلد ١٩ .

\*

\* \*

---

(١) الجواهر في الفقه مبحث الوصية .

## المفلس

### ٧

لقد ذكرنا في تحديد معنى الذمة أنها عبارة عن أهلية الانسان لأن يكون موضوعاً للحقوق التي له وعليه كما نص على ذلك السهوري في مصادر الحق والوسيط ، والدكتور محمد يوسف في كتابه المدخل ، وقد ذكرنا أن الأنسب بمعناها أن تكون عبارة عن كونه أهلاً للحقوق التي عليه ، أما الحقوق التي له فلا تدخل في معنى الذمة ، وذكرنا أن الذمة تلازم وجود الانسان وتبقى له ما دام حياً ، ولذلك فهو كما يملك منذ وجوده ، يفرم لغيره ما يجنيه على الأموال والأنفس ، وكل ما يعرض على الانسان من العوارض سواء كان طبعياً كالنوم والنفقة والجنون ، أم طارئة كالسفه ، والفلس والمرض ونحو ذلك بما لا يوجب نقصاً في الانسان ، هذه الحالات لا تمتنع من أهلية الانسان لأن يكون موضوعاً للحقوق التي له وعليه ولا تقصد ذمته ، ولما تمتنع من أهليته للتصرفات التي تنشأ الالتزامات ، ونعتمد من صلاحية لها ، وانها تختلف أشد الاختلاف من حيث مقدار تأثيرها على تصرفاته المالية وغيرها ، فالصغر والجنون والنوم والسكر ، هذه الحالات تجعل الانسان غير قابل لأداء أي عمل من الأعمال التي اعتبرها الشرع والقانون موضوعاً للأثر الشرعي .

أما السفه والفلس ونحوهما فان تأثيرهما على أهلية الانسان تأثيراً ناقصاً ، حيث أنه لا يفقد في مثل هذه الحالات إرادته وقصده اللذين لا بد منها في انشاء

الالتزامات والحقوق ، ولا يفقد الانسان في مثل هذه الحالات أكثر من سلطنته المطلقة الثابتة لكل بالغ رشيد حراً على مصلحته ومصلحة المجتمع ، بنحو يصبح تحت الرقابة فيما يعود إلى تصرفاته المالية ، وتبقى له الأهلية المطلقة فيما يعود إلى حقوق الله سبحانه وحقوق غيره من أفراد المجتمع . والمديون الذي لا تريد أمواله على ديونه قد ألقى الشارع سلطنته المطلقة عليها لمصلحة أصحاب الاموال التي في ذمته .

ومن مجموع ذلك تبين ان الانسان أما أن يكون فاقداً لأهلية التصرف في أمواله بمعنى أنه لا يصلح لمباشرة أي عمل من الاعمال شرعاً وقانوناً كالصغير والمجنون ونحوهما ، وأما أن يكون صالحاً بذاته ، ولكن الشارع لسبب من الاسباب قد جرده عن صلاحياته المطلقة لمصلحة تعود عليه وعلى غيره كالفلس والسفيه والمريض ونحو ذلك ، وأما أن يكون كامل الأهلية ولم تصطدم أهليته بما يوجب تحديد تصرفاته ، وهو البالغ الرشيد الذي له أن يتصرف بجميع أغنياء التصرفات في أمواله وجميع شؤونه .

ومهما كان الحال فالفلس هو الذي لا يحق له أن يتصرف في أمواله بسبب تراكم الديون عليه ، ولا يوصف بهذا الوصف إلا بعد التجبير عليه من قبل الحاكم ولا يتم ذلك إلا بشروط أربعة .

الأول : أن تثبت الديون عليه عند الحاكم الشرعي .

الثاني : أن لا تقي أمواله بقضائها .

الثالث : أن تكون مستعلقة عليه ، فلا كانت مؤجلة كلها أو بعضها ليس للحاكم صلاحية التجبير عليه في شيء من أمواله .

الرابع : أن يطلب أصحاب الديون التجبير عليه ومنه ، من التصرف في الاموال



التي بيده ، فإذا اجتمعت هذه الامور الاربعة منه الحاكم من التصرف في امواله صرحاً على حقوق الآخرين ، وكل تصرف يصدر منه بعد التجبير عليه يتوقف على اجازتهم ، ونظراً لأن التجبير على المفلس مقصور على قاحية التصرف المطلق في أمواله المتقابلة لديونه ، فله أن يقتض في هذه الحالة وأن يشتري بال في ذمته ، ومع أن له ذلك فالمقرض والبائع الذي باعه بضمن في ذمته لا يشتركان مع الغرماء في أمواله اذا كان الدين أو البيع بعد صدور قرار التجبير عليه بمعنى أن أمواله يختص بها الغرماء أصحاب الديون السابقة على القرض والبيع .

أما لو أئلف مال غيره بعد التجبير عليه ، أو أقربدين سابق على التجبير ، أو بأن أحد أعيان أمواله لشخص ، وصدقه المقر له ، فقد ذهب جماعة من فقهاء الشيعة الى مشاركة المقر له وصاحب المال التالف أصحاب الديون في أمواله ، لأن الاقرار بالمال لا يقل أثراً عن البيعة ، فلو أقام مدعي الدين بيعة على أن له في ذمة المحجور عليه مال ، يشارك الغرماء الآخرين في أموال المحجور عليه ، والاقرار لا يقل أثراً عنها .

ونص جماعة منهم العلامة في التذكرة والشيخ في الجواهر وغيرهما على عدم مشاركة المقر له وصاحب المال التالف الغرماء في الأموال التي ييسد المفلس ، وذلك لأن حق الغرماء قد تعلق بالأموال بمجرد صدور القرار بالتجبير ، فالأقرار المتأخر باعتباره مزاحماً لحقهم لا ينفذ الا على المقر بمخصومه ، لأنه بالنسبة اليهم اقرار بحق الغير ، وكذلك بالنسبة لصورة اتلاف السفيه لمال الغير بعد التجبير عليه ، فإن حق الغرماء أسبق من حق صاحب المال التالف ، وقد تعلق حقهم بأموال المدينين قبل استقرار الضمان عليه نظير ما لو جنى الراهن ، وليس له غير المال المرهون ، فإن المجنى عليه لا يزاحم المرتهن في العين المرهونة ، لأن حقه قد تعلق بها قبل الجنابة الموجبة لضمان المجنى عليه (١) وقد ذهب الاختلاف الى عدم

---

(١) انظر الجواهر كتاب الحجر .

التجبير على المفلس مهما بلغت ديونه ، لان الحبر عليه يتنافى مع حرية ، ولا يسلب اهلية التصرف باعتباره من العوارض الضعيفة التي لا تستطيع مقاومتها ، وخالفه بذلك ابو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني ، وذهب الى ان القاضي حق التجبير عليه عندما تستغرق الديون امواله اذا تقدم الغرماء بطلب الى القاضي بذلك .

وقال المالكية ان التجبير على المفلس من لوازم اقلاته ، وللغرماء الحق في ابطال جميع تصرفاته المنافية لحقوقهم ولا يحتاجون الى قرار القاضي او الحاكم بالحبر عليه .

والعناية في هذه المسألة قولان ، الأول ان الحبر عليه يتم بمجرد اقلاته ، والثاني نفوذ تصرفاته الواقعة قبل صدور القرار من القاضي بالحبر عليه ، ورجح ابن القيم الرأي الاول ، فنص على ان الديون اذا استغرقت جميع امواله لم يصح تبرع المضر باصحاب الديون ، لأن حقهم قد تعلق بأموال المدينين ، فهو اشبه بالمرضى الذي يتصرف بما يخالف مصلحة الوارث والشريعة قد جاءت لتحفظ للناس حقوقهم وتسد الطرق المؤدية الى اضعائها وهذا الرأي هو الذي تبناه ابن تيمية ودافع عنه كما جاء ذلك في اعلام الموقعين « ١ » .

وقد اشترط الشوافع في التجبير على المفلس الشروط الأربعة التي اشترطها الجعفريون ، و اضافوا الى ذلك : ان له ان يتزوج بهر في ذمته ولا ترأحم الزوجة الغرماء الذي حبر عليه الحاكم لأجلهم ، ويصح اقراره لغير الغرماء بأموال سابقة على قرار التجبير ، ويشارك المقر له الغرماء في اموال المفلس ، واذا اقر بانه استدان مالا من شخص بعد التجبير عليه لا يقبل منه هذا الاقرار « ٢ » .

---

(١) انظر اعلام الموقعين لابن القيم المجلد الرابع ص ٦ و ٧ والفقهاء الاسلامي للدكتور محمد يوسف .

(٢) الفقه على المذاهب الاربعة ص ٣٧٣ .

واختلف المالكية فيما لو كان الدين مساوياً للمال الموجود بيد المفلّس ، فقال بعضهم بأنه لا موجب للتصجير عليه .

وقال آخرون بأن ذلك موجب للتصجير عليه حفظاً لأموال الغرماء سواء كانت حالة أو مؤجلة ، فلم يمنع من الهبة والتبرع والصدقة والوقف والضمان ونحو ذلك ، وليس لأحد أن يقبل منه شيئاً بلا عوض ، والحكم عليه بالتفليس من قبل الحاكم إنما يصح إذا كانت الديون أكثر من أمواله ، وكانت حالة على شرط أن يتقدم الغرماء بطلب من الحاكم بتفليسه ، وأضافوا إلى ذلك أن الدائن له أن يمنع المدين من السفر ، ولو لم يكن الدين مستغرقاً لتأم المال ، إذا كان السفر طويلاً بنحو يجعل أجل الدين في حال غيابه .

وجعل القول أن الدائنين أن لم يطلبوا من الحاكم تفليس الغريم لهم أن يمنعه من جميع التصرفات الموجبة لنقص أمواله ، إلا ما جرت العادة عليه كالصدقات القليلة ونحوها من النفقات التي لا بد منها ، وأن طلبوا تفليسه من الحاكم لا يجبر عليه إلا بالشروط السابقة ، وإن لم يرفعوا أمرهم إلى الحاكم وطلبوا الغريم قهراً منهم ، فلم يمنع من التبرعات وجميع التصرفات المالية سواء أوجبت نقص أمواله له أم لا (١) .

وجاء في بداية المجتهد لابن رشد أن الدين إذا استغرق أمواله ، وظهر ذلك للحاكم فإن كان ملياً ، فقد رجح الجمهور أن الحاكم يتولى بيع أمواله ، لمصلحة غريمه ، وإن لم يكن ملياً حكم عليه بالافلاس وجبر عليه أن يتصرف في أمواله ، ونسب ذلك للمالك والشافعي ، كما نسب لابي حنيفة وغيره من فقهاء العراق ، أن الحاكم ليس له أن يجبر على المفلّس ولا أن يتصرف في أمواله قسمة وتوزيعاً وله أن يجبره حتى يدفع اليهم أموالهم .

---

(١) انظر المصدر السابق من ٣٧٣ وما بعدها .

## مرض الموت

### ٨

هذا النوع من العوارض اشبه بسابقه ، ذلك لأن المرض لا يسلب الانسان اهلية التصرف من حيث ذاته ، بمعنى انه لا يجعل الانسان غير صالح للالزام والإلتزام بنحو يصعب فاقداً لاهلية الاداء كالجنون والصغر والنوم ونحو ذلك مما لا يتحقق معه التقصد لمدلول العقد ، ويؤثر على شعوره ومداركه ، فالاهلية فيه كاملة من جميع جهاتها ، ولكن تأثير المرض على اهلية التصرف عند القائمين بذلك من الفقهاء بالتعبد الشرعي مراعاة لمصلحة الوارث ولاجل ذلك ذهب جماعة من الفقهاء الى ان تصرفات المريض بالهبة والبيع باقل من الثمن ونحو ذلك انما تصح فيما يعادل ثلث امواله ، وليس ذلك لان حق الوارث متعلق بالزائد على الثلث بل لان الشارع قد اعتبر المرض المؤدي الى الموت كفيرة من العوارض التي تحدد من سيطرة المالك وسلطنته على ملكه ارفاقاً بحال ورائه وتقدباً لمصلحتهم على مصلحة غيرهم ، ويختص ذلك كما يبدو من الادلة بالتصرفات المجانية كالهبات والعق والوقف مثلاً ، وبالعقود التي تكون باقل من الثمن الواقعي ، ولا يشمل البيع بالثمن المتعارف ولا صورة ما لو وجب عليه في مرضه ان يصرف قسماً من الاموال لسبب كان قبل حدوث المرض ، كما لو نفذ في حال الصحة ان يعطي الفقراء ، وكما لو افطر في شهر رمضان ووجبت عليه كفارة الأفطار عمداً ، او كفارة اليمين والعهد ، او اتلف في حال مرضه ، او احتاج الى التصرف بماله لمؤنته ومؤنة من يعول به حتى ولو كان ضعيفاً ، هذه التصرفات واشباهها تصح من

المالك ولو استهلك جميع امواله كما يبدو ذلك من النصوص الفقهية المدونة في مجاميع الفقه .

قال السيد كاظم في كتابه منجزات المريض : ان العقود المعاوضة كالبيع بثمن المثل والصلح والاجارة كذلك والهبة المعوضة ونحوها فانها خارجة من اصل المال ، وكذلك اذا دفع المال لحفظ عرضه او نفسه او من يعول به او لحفظ ماله وان وقعت جميعها في حال المرض المؤدي الى الموت .

كما وان التصرفات الخاصة من المريض اذا لم تتعلق مباشرة بالمال لا تدخل في النزاع الجاري بين الفقهاء في هذه المسألة ايضاً ، كما لو ضمن المريض المال عن ذمة الغير تبرعاً ، او جعل نفسه كغلام لغيره ، فهذا ونحوه مما لا يتعلق بالمال مباشرة ليس للورثة الحق في معارضته ولو انتهى الحال الى غرامة المضمون وما على المكفول ، لان المريض لم يتصرف في حال مرضه بامواله وانما تصرف في ذمته ، والذمة لا تضعف بالمرض ولا بالافلاس والسفه كما بينا سابقاً ولذا فان التحجير على الفلاس والسفيه لا يمنعها من التصرف في ذمتها بالضمان والشراء ونحو ذلك من التصرفات التي لا تراحم حقوق الآخرين المتعلقة باموالهم ، فما يحصل للمريض من التعهدات والالتزامات العائدة الى ذمته تصح منه وان انتهت بالنتيجة الى غرامة المضمون والمال الذي على المكفول ، وتصح بعد الاستحقاق من جهة الديون التي تخرج من اصل المال ، ولا تدخل في النصوص التي تدل على ان تصرفات المريض بيعاً وشراء بأقل من الثمن وغيرها كالمكبات والاعتاق ونحو ذلك انما تنفذ من ثلث المال ، لأن الاستفادة من تلك النصوص التصرف المتعلق بالمال مباشرة .

فقد جاء في بعضها رجل وهب ماله في مرضه ، وامرأة وهبت صداقها لزوجها في مرضها ، قال (ع) : جاز له ما وهبته من ثلثها «١» .

(١) انظر بلة الفقيه منجزات المريض .

اما التصرف في الذمة كالامثلة السابقة فلا تشملها النصوص التي تحد من صلاحية المريض في حال مرضه على ان جماعة من فقهاء الشيعة منهم المحقق في الشرائع قد اطلقوا هذا النوع من التصرف بالتصرفات المتعلقة بالمال مباشرة ، بحجة ان الاستفادة من هذه النصوص مراعاة مصلحة الوارث والمتحصل منها ان كل تصرف يتنافى مع مصلحة الوارث ، ولم يكن للمالك مصلحة فيه هذا النوع من التصرف لا ينفذ الا في ثلث امواله سواء تعلق بأمواله مباشرة او تعلق بذمته وسرى منها الى المال كما لو ضمن او تعهد بالمال ونحو ذلك .

ومها كان المال فعدم نفوذ التصرفات المالية فيما زاد عن ثلث المال مراعاة لمصلحة الوارث كما ذكرنا ، لا يعني ان الزائد عن الثلث قد تعلق به حق الوارث بمجرد المرض المؤدي الى الموت كتعلق حق الفرماة في اموال السفيه ، ولم ينضج من النصوص ان المنع عن هذا النوع من التصرف لأجل ذلك ، وعن الجائز القريب ان يكون التعبير على المريض في حال المرض من الاحكام التعبدية لتوفير على الوارث . ولا بد في المرض الذي يحده من صلاحية الانسان في التصرفات المالية ، ان تتوفر فيه امران ، الأول : ان يكون من الامراض التي يخاف منها الموت في الغالب كما نص على ذلك بعض الفقهاء . الثاني : ان يحدث الموت بسببه ، فاذا اجتمع الامران يتم الموضوع لهذه المسألة .

وبتعبير اكثر وضوحاً المراد بمرض الموت ، هو ان يكون الشخص نفسه بحالة مرضية يكثر فيها الموت عادة بنحو يكون المريض متوقفاً للموت في مرضه ولذلك يتخذ مثل هذه الاحتياطات في امواله بهذا النوع من التصرفات ، فاذا بلغ الانسان هذه المرحلة وتصرف في امواله بالهبة والبيع باقل من الثمن الواقعي لا تنفذ تصرفاته بازيد من ثلث ماله عند اكثر الفقهاء .

اما تحديده بما لا يقدر صاحبه على الصلاة قائماً ، وعين لا يستطيع المشي الا مستعيناً بغيره ، وبكونه صاحب فراش وعين يعجز عن النظر في مصالحه ، هذه

التحديدات لم ترد في النصوص التي تعرضت لحكم هذه المسألة ، وإنما هي من نوع الاجتهاد في الموضوع الخارجي المبني على الحدس والظن ، وقد اورد السيد كاظم في ملحقات شرحه لمكاسب الشيخ الانصاري اقوالاً كثيرة لجماعة من الفقهاء في تحديد المرض ، واختار أخيراً المعنى الذي ذكرناه أولاً ، إلا أنه استثنى الأمراض المزمنة التي تعيش زمناً طويلاً مع اصحابها ، وصحح جميع التصرفات التي تقع في اثائها ما عدا التصرفات التي تقع في الجزء الأخير من حياة المريض .

وقد الحق بعض فقهاء الشيعة التصرفات الواقعة في الحالات المخوفة اذا تمعها الموت بالتصرفات الواقعة في المرض ، ومثل لذلك بما لو باع في حالة الحرب باقل من الثمن ، وبما لو باعت امرأة او وهبت اموالها في حال الولادة ، وبما لو باع الغريق او وهب وهو يغالب الامواج ، وغير ذلك من الحالات التي يغلب فيها الهلاك والموت عادة (١) .

ونص الدكتور محمد يوسف على ذلك في كتابه المدخل لدراسة الفقه الاسلامي قال في الكتاب المذكور : ولأن المهم في اعتبار مرض الموت ، هو غلبة الظن بحدوث الموت بعده ، الحق الفقهاء به حالات عديدة ليس فيها مرض ، مثل ركاب السفينة لو جاثتهم ربح عاصف ، والأسرى لدى دولة اعتادت ان تقتل من يقع اسير بيدها ، ومن قدم للقتل قصاصاً وهو لا يرجو عفو اولياء المقتول (٢) .

والفرق بين الأمراض المزمنة وغيرها بالنسبة الى هذه المسألة كما جاء في ملحقات حاشية السيد كاظم من حيث ان التصرفات الواقعة في اثناء المرض المزمن لا فرق بينها وبين التصرفات الواقعة في حال الصحة ، هذه التفرقة قد اقرها القانون المدني المصري ، وجاء في المادة ١٥٩٥ ان مرض الموت هو الذي يخاف فيه الموت

---

(١) انظر ملحقات شرح المكاسب للسيد كاظم اليزدي مبحث منجزات المريض .

(٢) انظر المدخل للدكتور محمد يوسف ص ٢٤٢ .

في الاكثر ويموت على هذه الحالة ، وقد مضى عليه سنة صاحب فراش كان او لم يكن ، وإن اقعده المرض دائماً يكون في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ، ما لم يشتد مرضه ، ويتغير حاله ، ولو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة تكون العبارة بعاله من حين التغير الى وقت الوفاة (١) .

وجعل القول انه لا ينبغي التردد في ان مرض الموت ، هو عبارة عن المرض الذي يموت بسببه الانسان من غير فرق بين انواعه ومراتبه ، وليس في النصوص الشرعية ما يشعر بتعدد المرض من حيث نوعيته ومرتبته ، ولا يبعد استثناء الامراض المزمنة التي تعيش مع الانسان شطراً كبيراً من حياته ، واعتبار التصرف الواقع في المرحلة الاخيرة من حياته التي رافقها المرض من مصاديق هذه المسألة كما ذكرنا .

ولا بد للقائلين بأن تصرفات المريض بامواله لا تفقد الا من الثلث ، وفيما يزيد عنه لا بد من اجازة الوارث ، لا بد لهم ان يلتزموا بأث حدوث الموت بعد المرض يكون كلشئاً عن ان سلطنة المالك على ملكة لا تتعدى حدود الثلث ، وبذلك يكون للموت مفعول وجعي بالنسبة الى التصرفات الواقعة في حالة المرض كالبيع باقل من الثمن والهبة ونحوهما ، ذلك لأث الانسان حال حياته له ان يتصرف به بجميع انحاء التصرف ، والمرض بجموده لا يوجب اضعاف سلطنة المالك ، ولكن الموت المقارن للمرض قد اعتبره الشارع موجباً لقصر سلطنة المالك على جزء من الاموال التي بيده من حين حدوث المرض .

ومن مجموع ذلك تبين ان المرض لولا الدليل الشرعي لا يوجب اضعاف اهلية الانسان عن التصرف في امواله وفي ذمته ، ما لم يؤثر المرض على عقل الانسان ويسلبه ارادته واختياره ولذلك كانت هذا الحكم محصاً للقواعد العامة التي

---

(١) للصدر السابق ١٤٣ .



تدل على نفوذ جميع تصرفاته مهما كان نوعها ، كقاعدة السلطنة المستفادة من  
 مومات الكتاب والسنة ، والعمومات الدالة على حلية البيع ووجوب الوفاء به ،  
 بالإضافة الى استصحاب بقاء السلطنة المطلقة التي كانت له في حال الصحة ، لانه كان  
 يملك التصرف المطلق قبل مرضه ، ومقتضى الاستصحاب بقاءها لو شككتنا في  
 تأثير المرض المقترون بالموت وعدمه .

وطرو المرض في زمان الشك لا يمنع من جريان الاستصحاب ، لأن السلطنة  
 من الأحكام الوضعية الثابتة للمكلفين مع قطع النظر عن الحالات والأعراض  
 اللاحقة لهم ، ومعنى ذلك أن الذي كانت له السلطنة هو المكلف لا يشترط كونه  
 صحيحاً ، فالشك في بقاء السلطنة في حالة المرض لا يوجب تبديلاً في موضوع  
 الاستصحاب (١) .

وعلى كل حال فقد رجح أكثر الفقهاء تساوي المريض والصحيح من حيث  
 بقاء السلطنة المطلقة ونفوذ تصرفاته من أصل المال ، ومصدر الخلاف بين فقهاء  
 الامامية في هذه المسألة اختلاف الرويات عن الائمة (ع) ، فقد نصت جملة منها على  
 نفوذ تصرفات المريض في مرض موته من أصل ماله كما نصت طائفة أخرى منها على  
 أن معاملاته باقيل من الثمن وهاهنا لا تغذ الا في ثلث ماله كما هو الحال في  
 الرصايا المعلقة على الموت ، وبما أن الرويات التي تنص على بقاء السلطنة المطلقة  
 للانسان ما دامت فيه الروح أصرح من الرويات التي تحدد من سلطنته في مرض  
 الموت وأكثر وأصح سنداً تمسك بها أكثر الفقهاء والتزموا بتأويل تلك وحملها على  
 الرصايا المضافة الى ما بعد الموت ، وقد جاء في جملة منها : ان الانسان احق بآله

---

(١) عل انه يمكن تصوير الاستصحاب بشكل آخر ، بان نقول : ان الانسان في حال صحته  
 كان لو تصرف ينفذ تصرفه من أصل ماله ، فلو تصرف في مرضه وشككتنا في نفوذ تصرفه من  
 الاصل او من الثلث بسبب اتصال موته بمرضه ، فستصحب بقاء نفوذ تصرفه من أصل ماله ، ولا  
 يترتب من ذلك اي عجز كما هو ظاهر .

ما دامت فيه الروح ، وفي بعضها الآخر ، هر ماله يصنع به ما يشاء (١) .

والظاهر أن الرأي الثاني هو الشائع المعمول به بين فقهاء المذاهب الأربعة ، فلقد جاء في نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس : أن الشريعة الإسلامية قررت حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به ، بأن لا تكون هذه التصرفات نافذة في حق الوارث إلا في حدود الثلث من التركة ، وأضاف الى ذلك أن المادة ٩١٦ من الفقه المدني نصت على أن كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويقصد به التبرع يعتبر مضافا الى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف (٢) .

ومما كان الحال فاني لم أقصد بالتعرض لهذه المباحث الفقهية التحقيق العلمي ، وتمييز الصحيح من غيره وإنما أردت من هذا العرض الموجز لأراء الجعفرين وغيرهم من الفقهاء ، التمهيد للموضوع الذي وضعت هذا الكتاب من أجله ، وهو نظرية العقد لاتصالها الوثيق بموضوع الكتاب ، ولا بد لنا وقد انتهى بنا البحث عن تأثير المرض على أهلية المتعاقدين ، أن يشير الى مقدار تأثيره على اقرارات المريض المتعلقة بأمواله سواء تعلقت بالأعيان الخارجية أو بذمته .

ويبدو أن الخلاف الواقع في تصرفات المريض كالبيع والهبات ونحوها واقع في اقراراته المالية بشكل أوسع من الخلاف في غيره من التصرفات ، والاراء فيه

---

(١) لقد وردت الجملة الاولى في اربع روايات لمار السايطي عن ابي عبد الله الصادق (ع) وروي عنه كل من سماعة وابي بصير ، ان المال ماله يصنع به ما يشاء ، وروي عنه جماعة من تلاميذه انه قال : للرجل عند موته الثلث والثلث كثير ، وورد هذا المضمون مكرراً في عدد من الروايات ، ولكن لما كانت تلك اصرح وموافقة للقواعد العامة تمسك بها اكثر الفقهاء واللتزموا بمجمل هذه الطائفة على الوصية وغير ذلك من التنازلات التي تناسبها ، انظر منجزات المريض للسيد كاظم ، والبلغة للسيد محمد بحر العلوم ، والجواهر ص ٣٦٨ .

(٢) انظر نظرية العقد ص ٣٦٨ .

أكثر تشعباً من آرائهم في المسألة الأولى ، وقد أتناها في الجواهر الى العشرة ، ولكن أشهر الأقوال هو القول بأنها من الأصل مطلقاً مع التهمة وعدمها ، وسواء كان المقر عادلاً أو لم يكن ، وسواء كان لوأرث أو لغيره من الناس (١) وبأني بعده من حيث اشتباهه بين الفقهاء ، القول بالتفصيل بين التهمة وعدمها ، بمعنى أن المقر إذا كان متهماً في اقراره كان اقراره نافذاً من ثلث ماله ، وإن لم يكن متهماً يكون كالإقرار الصادر من الصحيح ، ومصدر الخلاف الواقع بين الفقهاء في هذه المسألة ، هو النصوص المروية عن الأئمة (ع) فيها ، ولكل واحد من الأقوال العشرة شاهد من تلك المرويات .

والذي ادعاه السيد كلظم في الرسالة التي ألفها في منجزات المريض ، أن القول بنفوذ الإقرار من الثلث على جميع التقادير لم يجزم به أحد من الفقهاء ، وأن القول بالتفصيل بين التهمة وعدمها ليس بعيداً عن مؤدى النصوص الواردة في المقام بملاحظة سياقها والملاسات التي تحيط بها .

ومن ذلك ما جاء عن يبيع السابري ، قال سألت أبا عبد الله الصادق (ع) عن امرأة استودعت رجلاً مالاً فلما حضرها الموت ، قالت له : إن المال الذي دفعته إليك لفلانة ، ثم ماتت المرأة ، فأتى أولياؤها وقالوا لقد كان لصاحبتنا مال عندك فاحلف لنا أنت ليس لها مال قبلك ، فيحلف لهم قال (ع) : إن كانت مأمونة عنده فليحلف لهم ، وإن كانت متهمة فلا يحلف لهم ، ويضع الأمر على ما كانت ، فانما لها من مالها ثلثه .

وروى أبو بصير عنه أيضاً أن المقر إذا كان مصدقاً بتنفيذ اقراره في الجهة التي أقر فيها ، كما روى غيره عن الصادق (ع) أن المقر إذا كان مأموناً بتنفيذ اقراره من أصل المال ، وروى عنه أيضاً منصور بن حازم أن المقر إذا كان مرضياً صح

---

(١) كما ادعى ذلك الشيخ النجفي في الجواهر .

اقراره (١) ، الى غير ذلك من النصوص التي تشير الى انه لا يد من الاطمئنان الى صدق المقر فيما اقر فيه . والمراد من التهمة المانعة عن العمل بالاقرار هي عدم الاطمئنان الى وقوع المقر به خارجاً ، اما لان المقر بمن لا يوثق به بحسب العادة ، او لوجود بعض الامارات والقرائن التي ترجح كذبه فيما اقر به ، واث كان بمن يوثق به عادة (٢) .

ثم ان النزاع القائم بين الفقهاء في هذه المسألة لا يتخطى الاقرار بالدين ، او بعين من اعيان ماله لشخص اخر سواء كان قريباً ام بعيداً ، فلو اقر بغير ذلك يجب العمل بالاقرار وان امتازم تضور الوارث ، كما لو اقر ببنوة ولد ، او بزوجية امرأة ، او بحق خيار لشخص وكأل الفسخ موجباً لتضور الوارث ، او بحق رهانة على العين ، او اقر بأن عليه مقدار من الصلاة والصيام ، او بعبودية بعض عبيده ووقفية بعض املاكه وملكية منافع داره وبستانه لغيره ونحو ذلك بما لا يكون المقر به ديناً او عيناً من اعيان امواله ، وذلك لأن النصوص التي تعرضت لحكم الاقرار في مرض الموت لم تعرض الا للاقرار بالدين والعين ، وبما ان اعطاء الاقرار حكم الوصية عند القائلين بذلك مخالف للأصول العامة للقاضية بالزام المقر فيما اقر فيه ، فلا بد من الاقتصار على الموارد المنصوصة وهي خصوص الاقرار بالدين والاعيان الخارجية لا غير ، والاقرارات التي ذكرناها ، وان كانت قد تؤدي الى تضور الوارث ، باعتبار انها تستلزم التصرف في اموال المورث ، الا انها لما لم تتعلق بالاعيان ولا بثبوت دين على المقر مباشرة لم تدخل في موضوع النصوص الواردة لبيان حكم هذا النوع من الاقرارات (٣) .

---

(١) والقائلون بالتفصيل المذكور جماعة من الفقهاء المتدعين والمتأخرين ، ومنهم السيد كاظم في رسالته منجزات المريض ، والسيد محسن الحكيم في رسالته منهاج الصالحين ، والسيد ابو الحسن في وسيلة النجاة وغيرهم .

(٢) انظر الجواهر ، ورسالة السيد كاظم في المنجزات ، مسألة اقرار المريض .

(٣) انظر المصادر السابقة ، وليس ببعيد ان يكون ذكر العين والدين في الروايات من =

ومهما كان الحال ، فلو نظرنا الى الاقرار من حيث ذاته فلا بد من نفوذه والزام المقر بما اقر به كما تنص على ذلك القواعد العامة والنصوص المروية عن الرسول (ص) والائمة (ع) فقلقد جاء عنه انه قال : « اقرار العقلاء على انفسهم جائز » وقول المؤمن على نفسه اصدق من سبعين شاهداً .

وجاء عن احد الائمة (ع) انه قال : ولا اقبل شهادة الفاسق الاعلى نفسه ، الى غير ذلك من النصوص الدالة على الزام المقر باقراره مطلقاً على جميع التقادير ، وبناء على ذلك ، فلو لم يتضح لنا من النصوص مانعية التهمة من نفوذ الاقرار وعدمها فيتبعين الرجوع الى الاصول العامة المقتضية لنفوذ الاقرار على جميع التقادير .

نعم لو قلنا بأن الاقرار في مرض الموت من جهة المنجزات وبيننا على ان المنجزات لا تنفذ الا في ثلث المال ، او قلنا بأن الوارث في مرض مورثه يثبت له الحق في ثلثي ماله لو التزمنا باحد هذين الأمرين لا يكون هذا النوع من الاقرار من مصاديق تلك الأدلة العامة ، اذ بناء على انه من المنجزات يتم اعطائه حكمها ، وبناء على ان حق الوارث في مرض مورثه يتملق بثلثي ماله ، يكون اقرار المورث في الزائد عن ثلث المال اقراراً بحق الغير .

اما لو بيننا على ان الاقرار مع التهمة لا ينفذ الا من الثلث كما رجع ذلك جماعة من مشاهير الفقهاء ، فلو صدرت بعض القرارات من المريض وحصل الشك في كونه منها بما أم لا ، وكان المعنى المراد من التهمة معلوماً ، فلا يصح والحالة هذه الرجوع الى العمومات القاضية بنفوذ الاقرار مطلقاً لان الرجوع اليها في مثل هذه الحالات يلزمه اعطاء حكم العام لغير افراده (١) ولا يجوز نفي التهمة المشكوكة بالاصول العدمية ، الا بناء على صحة استصحاب

---

= باب المثال والمقصود هو الاقرار الذي يضرب بحال الوارث سواء تعلق باموال المورث مباشرة .  
ار بالواسطة كما هو الحال بالنسبة الى الائمة التي أوردناها .  
(١) وهو المراد من قول الاصوليين : لا يجوز التمسك بالعلم في الشبهات المصدقية .

العدم السابق على وجود الموضوع (١)، وقد رجح أكثر الأصوليين عدم الاحتداد بهذا الأصل لأن الأثر الشرعي مترتب على الموضوع المتصف بهذه الصفة أو بعدمها، وحينئذ يتعين نفوذ هذا النوع من الأقرارات في الثلث لا غير (٢) .

والخلاف الذي نقلناه عن الإمامية في أقرارات المريض ، واقع بين فقهاء المذاهب الأربعة ، إلا أنه عند الإمامية أوسع وأكثر تشعباً .

قال الدكتور محمد يوسف : والمريض أن يقر بدن عليه لوارث أو أجنبي ، فإن كان لوارث كان نفاذه بعد وفاته موقوفاً على اجازة باقي الوراث ، لما في اقراره لاحدهم من تهمة أنه أراد إثارة بيعض ماله على حساب الآخرين ، وإلى هذا الرأي ذهب أحمد بن حنبل .

والمراد بالوارث عديم ما كان سبب الأثر متحققاً له وقت الأقرار واستمر إلى تاريخ الوفاة ، فإن لم يتحقق الأمران ، كان كالأقرار للأجنبي في نفوذه من الأصل ، فلو لم يكن للقر ولد ، وكان له أخ فافر له بلال ثم جاءه ولد قبل وفاته وبعد صدور الأقرار منه لأخيه لا ينفذ اقراره ، ولو انعكس الأمر بأن لم يكن وارثاً حين الأقرار ، ولكنه أصبح وارثاً حين الوفاة صح اقراره من الأصل ، كما لو أقر إلى امرأة أجنبية عنه وتزوجها بعد ذلك لعدم كونه وارثاً حين الأقرار .

وقال في اعلام الموقعين : اقرار المريض لمورثه بدن باطل عند الجمهور للتهمة (٣) .

---

(١) وهو المعبر عنه في عرف الأصوليين بالعدم الازلي .

(٢) انظر رسالة السيد كاظم في التيجرات .

(٣) انظر المجلد الرابع من اعلام الموقعين ص ٣٧ والتفصيل بين الأقرار لوارث ولغيره ذهب إليه بعض فقهاء الإمامية ، وهم بين من يدعي أن الأقرار للوارث من الثلث مطلقاً ، وبين من يرى أنه مع التهمة ينفذ من الثلث وبدونها يكون من الأصل ، وقد روى إسماعيل بن جابر عن الإمام الصادق (ع) ما يؤيد هذا التفصيل .

ورجح الشافعي مساوات الاقرار في المرض للاقرار في حال الصحة من غير فرق بين ان يكون للوارث او للاجنبي .

وقال المالكية ان المقر اذا كان متها من اقراره كان كالمبتدع وان لم يكن متها صح من اصل المال سواء كان لوارث او لاجنبي ، غير انه اذا كانت لغير الوارث لا ينفذ الا بعد اخراج الديون الثابتة عليه قبل المرض سواء ثبتت عليه بالاقرار ، او البينة او بمعاينة من شهودها كانت اسباب تلك الديون ، ولم يفرق الظاهرية بين اقرار المريض وغيره بالنسبة لتصرفاته المالية من حيث نقودها من اصل المال على جميع التقدير والاحتمالات كما هو الحال في الاقرارات الصادرة من الصحيح (١) والظاهر ان الاختلاف الواقع بين فقهاء المذاهب الاربعة فيما يعود لقرارات المريض كما ذكرنا ، هذا الاختلاف لا يشمل بقية التصرفات التي تصدر منه كالمبيعات والبيع بأقل من الثمن ونحو ذلك وانما اذا وقعت في مرض الموت تنفذ من ثلث المال .

وجاء في منار السبيل في الفقه الحنبلي ان المريض يحجر عليه ان يتصرف باكثر من ثلث ماله ، فاذا تصرف باكثر من الثلث لا بد من اجازة الوارث ، فهو في هذه الحالة كالمدين المفلس لا يملك التصرف فيما يزيد على ثلث المال (٢) .

---

(١) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٢٤٧ و ٢٤٨ .  
(٢) انظر منار السبيل للشيخ ابراهيم بن محمد بن سالم ص ٣٧٧ ، وغاية المنتهى في فقه الحنابلة .

## العقد

### ٩

لقد استعرضنا في المباحث السابقة بعض المواضيع الفقهية قبل الدخول في صلب الموضوع الذي سنحدث عن آراء الجعفرين فيه وآراء غيرهم من مدنيين وشرعيين ، ذلك لأن المواضيع التي عرضنا الجانب المهم منها تتصل بموضوع الكتاب اتصالاً وثيقاً يسهل على الباحث التوصل الى الحلول الصحيحة لأكثر المشاكل التي تفترض المؤلف في العقود ، فمسألة الحق والحكم ، والفرق بينها وبين الملك من جهة أخرى ، هذه المسألة بالإضافة الى صلتها المباشرة بالعقود ، قد اعتاد المؤلفون في هذه المواضيع على الحديث عنها في مباحث العقود .

وقد تحدثنا عن الذمة واهلية المتعاقدين وعوارض الاهلية ، كالجنون والسفه والمرض والفلس ونحو ذلك باعتبار ان سلامة المتعاقدين من هذه العوارض من الشروط التي لا تم المعاملة بدونه ، لذلك ولتغيره من الملابسات قد عرضنا الجانب المهم من تلك المواضيع عند الشرعيين والمدنيين تمهيداً لموضوع الكتاب .

وبعد هذه الدراسة الاجمالية لتلك المواضيع تنتقل الى دراسة العقد عند الجعفرين حسب الفصول التالية :

الفصل الاول في تكوين العقد .



- الفصل الثاني في المتعاقدين وشروطها .
- « الثالث في محل العقد وتوابعه .
- « الرابع في انحلال العقد واقسام الخيارات .
- « الخامس في الشروط واحكامها .

### الفصل الاول في تكوين العقد

لقد نص الفقهاء ان المواضيع الفقهية تنحصر في الامور الاربعة التالية ،  
العبادات ، والعقود والايقاعات ، والاحكام الجزائية ، وتشمل هذه احكام  
الجنائيات على النفس واحد الاعضاء واحكام السرقات وغير ذلك من العقوبات التي  
فرضها التشريع الاسلامي على بعض المخالفات مما هو من وفاق الحكم الذي  
يتولى شؤون الامة وادارة امورها .

اما العبادات بالمعنى الأخص ، فهي عبارة عما يجب الاتيان به بقصد التقرب  
وهذه تشمل العباداة البدنية كالصلاة والصيام والحج ، والمالية كالاحاس والزكوات  
وبالمعنى الاعم تشمل بالاضافة الى ما ذكرنا الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ،  
والقضاء والولاية ونحو ذلك .

واما الايقاعات ، فهي عبارة عن الطلاق والعتق والوصايا العهدية وغير ذلك  
بما يتم بالانشاء من طرف واحد ، وفي مقابل ذلك العقود التي لا تتم الا بالانشاء  
من الطرفين ، كالبيع والصلح والاجارة ، والنكاح والضمان والزراعة والعارية  
والوديعة ، ومن امثلة ذلك العقود التعليقية ، وهي عبارة عما يكون المنشأ بالصيغة  
معلقا على حصول امر ، كالسبق والرماية ، والجمالة بناء على انها لا تتم الا بالقبول  
ولكل واحد من هذه العقود احكام تخصه واثار لا تترب على سواه ، وقد تكلم

الفقهاء عن كل واحد من هذه العقود من حيث موضوعه وأثره وموارد انفعاله وشروطه .

وإذا رجعنا الى المعنى اللغوي لكلمة العقد الذي هو عبارة عن المعاهدة الخاصة من الالتزام والالتزام ، الذي لا بد له من طرفين ، نرى ان الفقهاء توسعوا كثيراً في اطلاق العقد على مثل العارية والرديعة والوقف وغير ذلك مما ليس فيه التزام من كلا الطرفين ، ذلك لأن العقد بمعناه اللغوي يؤدي معنى التوايط من الطرفين ، والعارية والرديعة لا يؤديان هذا المعنى ، اذ ليس فيها اي التزام لاحد الطرفين بشيء ، سواء قلنا ان نتيجة العارية اباحة الانتفاع ، او تلك الانتفاع ، ولكن المسوخ تسمية هذه النوع من المعاملات بالعقود هو توافق الارادتين في الرديعة والعارية ، باعتبار ان القبول لا بد منه فيها ولو بالفعل ، وهذا المقدار من التوايط والتوافق فيها هو المسوخ لعددهما من العقود ولو نجوزا .

ومما كان الحال فسواء كانا من افراد العقد او كانا خارجين عنه موضوعاً فهما حسب الاصطلاح الفقهي من جملة العقود ، واذا فسرنا العقد بطلق التعهد كما يظهر من بعض الفقهاء فتكون هذه العقود من الافراد الحقيقية للعقد ، وتشملها الادلة العامة التي تدل على وجوب الوفاء بالعقد كقوله تعالى : اوفوا بالعقود ، والا ان تكون تجارة عن تراخى منكم وغيرها ، والمستفاد من هذه الادلة وجوب الوفاء بالعقد حسب مقتضى العقد في نفسه وبحسب دلالة اللفظية ، فالبيع مثلاً باعتبار انه عبارة عن انشاء كل من الطرفين عليك ماله للآخر في مقابل عليك الآخر ، فوجوب الوفاء به هو عبارة عن التزام كل منهما بما ازم نفسه به ، فعدم الالتزام بدلول العقد نقض للتعهد الحاصل من كل منهما ولازم ذلك لزوم العقد وعدم زوال اثره بمجرد رجوع احدهما بما ازم نفسه به ، فيكون اللزوم الثابت للعامة مستفاداً من الحكم التكليفي القاضي بوجوب احترام المعاهدة الخاصة بين الطرفين ، وبالنسبة الى

الوديعة والعارية والهبة ، فعنى وجوب الوفاء بكل واحد من هذه العقود ، هو العمل بما يقتضيه عقد الوديعة او الهبة مثلاً وحيث ان عقد الوديعة لا يقضي اكثر من ايداع المال عند شخص لحفظه وعقد الهبة يقتضي تسليم العين بلا عوض ، فيكون المعنى المتحصل من وجوب الوفاء بها ، هو وجوب حفظ العين في عقد الوديعة وملكية الموهوب له للعين الموهوبة ، لان عقد الوديعة والهبة لا يقتضيان اكثر من ذلك (١) .

ودرج الحونساري في كتابه منية الطالب ان لزوم العقد من الأحكام الوضعية كاللكية والرقبة والولاية ، وهذه يصح ان تكون مجعولة من قبل المشرع ابتداء ، وعليه يكون المقصود من قوله تعالى : اوفوا بالعقود ، هو لزوم المعاملة كما التزم بها الطرفان امضاء لما استقر عليه امر الناس من الزام انفسهم بما يلتزمون به ، والعقد بنفسه لا يقتضي اكثر من تبديل مال كل من الطرفين بمال الآخر مطابقة ، ويلزمه التزام كل منها بما الزم به نفسه ، وقد امضى الشارع التزامهم هذا وامر بالوفاء به ، كما هو المستفاد من قوله سبحانه : اوفوا بالعقود ، وامثالها من القواعد العامة التي تدل على وجوب الوفاء بالعقد ، وسواء كان اللزوم تبعياً مستفاداً من الحكم التكليفي القاضي بوجوب احترام التعهد الحاصل بين الطرفين ، ام كان مجعولاً بالأصالة ، تكون العقود بكاملها من مصاديق العقد الذي نصت الآية على وجوب الوفاء به ، ويكون المستفاد منها وجوب الوفاء بكل عقد حسباً يقتضيه العقد من حيث دلالة اللفظية ، ولا تحتاج الى القول بأن المراد من وجوب الوفاء هو العمل بما يقتضيه العقد من حيث لزومه وجوازه لتكون العقود الجائزة مشمولة للاية الكريمة ، وذلك لأن العقد من حيث ذاته مهما كان نوعه لا يقتضي اللزوم ولا الجواز بحسب دلالة (٢) .

ومهما كان الحال فالعقود المأزمة لجانب واحد كالوديعة والعارية والهبة على حد

(١) انظر مكتب الشخ الانصاري مبحث الجيارات .

(٢) انظر منية الطالب في شرح المكتب الحونساري مبحث الجيارات .

تصير بعض المؤلفين في الفقه الغربي هذه العقود من افراد العقد عند الفقهاء الشرعيين ، وتشملها الأدلة العامة التي وضعت لتشريع العقود ووجوب الوفاء بها من غير فرق بينها من هذه الناحية .

والفروق المتصورة في المقام تنحصر بالامور التالية :

الأول ان العقد الملزم من الجانبين يمكن فسخه اذا اخل احد المتعاقدين بالتزاماته كلها او بعضها ، وذلك فيما لو اتفق على ان عدم وفاء احدهما بالتزاماته يسوغ للطرف الآخر فسخ العقد ، وهذا الاتفاق لا يحدث اي اثر في العقود الملزمة لجانب واحد ، لأن الطرف الثاني ليس ملزماً بشيء فلا يصدق في حقه الامتناع من الوفاء ليسوغ للطرف الآخر ان يتحلل من التزاماته ، وليس له اي لمن ليس ملزماً بشيء في هذه الحالة الا الزامه بتنفيذ التزامه ( ١ ) .

وقد نص الجعفيون في فقههم على الفرق بين هذين النوعين من العقود بما يرجع بالنتيجة الى ما ذكره الدكتور مرقس ، فقد اتفقوا على انه لو حصل شرط في العقد او اتفاقاً ضمناً على انه لو لم ينف احد المتعاقدين بما التزم به يكون للآخر الحق في فسخ العقد ، ولا يجري ذلك في العارية والوديعة لو اخل المستعير ، والودعي بما عليه للمعير والمودع ، لأن حق استرجاع العين ثابت لهما على كل حال وانما الذي يحدث لهما انه لو ائلف العين التي بيده على سبيل الاستعارة او الوديعة ، او تلفت بسبب تهاونه بها عليه ان يقرمها للمالك ( ٢ ) .

الثاني انه في العقود الملزمة للطرفين لو تمتع احدهما عن تنفيذ التزاماته كما لو سلم العوض الى الطرف الآخر ، فلن لم يستعمل حقه في الفسخ له ان يقف منه موقفاً سليماً ويمتنع عن تسليمه العين التي بيده وعن الوفاء بالتزاماته مادام هو

---

( ١ ) نظرية العقد للدكتور مرقس ص ٧٣ ٢ - انظر مبحث الخيارات من الجواهر والمكاسب خياو تختلف الشرط

بمتنعاً ، وهذا المعنى لا يتصور في العقود الملزمة من طرف واحد (١) .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في هذه المسألة : اذا لم يبدل البائع المبيع وأراد حبسه خوفاً من تعذر تحصيل الثمن فله ذلك بلا خلاف وللمشتري حبس الثمن في مثل هذه الحالة ، وعلل ذلك بأن عقد البيع مبني على التفاضل من كلا الطرفين ، لأن كلا منهما قد التزم للآخر تسليم العين التي ملكه ايهاا بالبائع ، ونتيجة هذا الالتزام عدم كون كل منها ملزماً بتسليم ما بيده اذا تمتنع الآخر عن التسليم لأن المتعاقدين قد وضعا كلا من الثمن والمثل في مقابل الآخر ، ولا يجري ذلك في العقود الملزمة لاحد الطرفين على حد تعبير المؤلفين في الفقه الغربي ، وذلك لأن للمعير دائماً ان يرجع عن العارية ، وليس للمستعير الحق في اي تصرف في مقابلها ، كما وان المستعير لو تمتع من ارجاع العين لمالكها ، فلها لك اجباره على ارجاعها او تغريمه ايهاا .

الثالث انه في العقود الملزمة لاحد الطرفين لو تلفت العين المستعارة او المودعة بدون سبب يرجع الى المستعير والودعي لا يحدث ذلك اثرأ بالنسبة للطرف الآخر ، ويتحمل تبعه تلف العين مالكة وحده وقبرأ ذمة الطرف الآخر منه ، وبالنسبة الى العقود الملزمة للطرفين لو ملك المبتع وهو في يد بائعه يتحمل وحده تبعه هلاكه ويتحمل الطرف الآخر من جميع التزاماته للبائع بسبب انقضاء العقد ، وليس للبائع ان يطالب المشتري بشيء ، ومن امثلة ذلك ما لو تلفت العين المستأجرة بدون سبب يعود على المستأجر فينفسخ العقد ، ويتحمل المالك وحده خساره العين واث ذلك بالنسبة الى المستأجر انه يتحمل من جميع التزاماته المقابلة لالتزامات المؤجر (٢) .

ولا يحل ان التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين كالبيع والاجارة ونحوهما ،

---

(١) انظر نظرية العقد ص ٧٣ - انظر نظرية العقد ص ٧٤ الخيارات من المكاتب وكتاب الاجارة عن الجواهر .

وبين العقود الملزمة لأحد الطرفين على حد تعبير المؤلفين في الفقه المغربي ، هذه هذه التفرقة مستمدة من طبيعة تلك العقود كما يبدو ذلك بعد التأمل في مقتضياتها اما تسمية تلك بالعقود الملزمة للطرفين ، واعطاء العارية والوديعة صفة الالتزام من جانب واحد ، هذا التوصيف من مختصات الفقه العربي لأن اعتبار الوديعة والعارية عقدان ملزمان من طرف واحد من حيث ان الودعي ملزم بحفظ الوديعة ، والمستعير ملزم بحفظ العارية اذ هو من حيث ان الاعيان المستعارة والمودعة امانة في يد المستعير والودعي ، والأمين مسؤول عما في يده فيما لو تهاون او قصر في حفظها ، والعقد فيها لا يقتضي اكثر من تسلط المستعير على الانتفاع بالعين في العارية واستئثار الغير في الوديعة ، فالزام المستعير والودعي بحفظ العين من مقتضيات كونها امانة في يده لا غير لا من مقتضيات عقديتها ، نعم يصح هذا التوصيف في الوقت بناء على انه من العقود ، حيث انه يحدث الزاماً للواقف بما ائتم به نفسه بعد اقباض العين الموقوفة على الجهة التي وقلت عليها من غير فرق بين الوقت العام او الخاص ، ومهما كان الحال فاعتبار الوديعة والهبة والعارية والوقف من العقود ناتج عن التوسع في مفهوم العقد ، وعدم الجود على المعنى اللغوي الذي يشير الى الشدة والارتباط الذي لا يكون الا من طرفين ، وعليه يكون المصحح لهذه التصرفات من العقود بنظر الفقهاء ، لما فيها من معنى العزم على العقد ، واعتقاد النية عليه ، وربط نيته بإرادته ، وهذا الربط هو المصحح لادخال هذه التصرفات في العقود ، واستيعاب العقد لمثل هذه الانواع ليس من مختصات الجعفرين ، فلقد توسع فيه الحنابلة والشافعية والمالكية ، و اضافوا الى ما ذكرناه جميع انواع التبرعات كالهبات والصدقات والوصية ، وان كان المنسوب لبعضهم ان العقد مقصور على التصرفات القائمة بين طرفين بنحو تنشأ عنه التزامات تقوم بينهما (١) .

وقال الاستاذ احمد ابراهيم في مقال له بعنوان العقود والشروط والحيارات

---

(١) انظر المدخل للدكتور محمد يوسف ص ٣٢٢ .

نشر بجملة القانون والاقتصاد . فهل تسمى هذه التصرفات التي تتم بالإيجاب وحده من اعتناق وإبراء وطلاق ونحو ذلك عقود او لا تسمى بذلك ؟ لا شك في انها عقود بالمعنى الاعم للعقد ، اذ هي امور وقعت في نفس المتزيم او لا وعقد عليها نيته ، او عزم عليها عزمًا أكيداً ، ثم إبان عنها باللفظ او ما يقوم مقامه ، واذن يكون للعقد معنى عام يتناول جميع التصرفات والالتزامات التي يتوجب عليها اثر شرعية ، ومعنى خاص قاصر على ما لا يتم فيه العقد الا بالإيجاب وقبول ، فهي في الحقيقة التزامات معلقة على التزامات اخرى ، فيكون الالتزام فيها من الطرفين .

ورجح الاستاذ ابو زهرة في كتابه الملكية ونظرية العقد، ان العقد لا يكون الا بين طرفين ، واذا كان من طرف واحد يكون التزاماً ووعداً .

ومن ناحية ثانية نرى ان الفقه المدني قد اعطى للعقد معنى اوسع مما هو عليه عند الشرعيين ، فاعتبر العقد والاتفاق من الكلمات المتبادلة من حيث المعنى اذا كان الاتفاق موضوعاً لاثر من الآثار ، وبأي الأشكال وقع الاتفاق بين الطرفين .

وقد عرفه بعض الفقهاء الغربيين بأنه توافق ارادتين على احداث اثر قانوني ، وذلك الاثر اما انشاء التزام او نقله او تحويله او تعديله ، وفرعوا على ذلك بأن مطلق توافق الارادتين لا يكون من العقود الا اذا احدث اثرًا قانونياً ، فاذا اتفق اثنان على ان يخرجوا للتنزه في وقت معين لا يكون اتفاقهما وخروجاً عقدًا ، وكذا من دعا شخصاً لياكل معه ، لان هذا التوافق لم يحدث اثرًا ، اما اذا اتفق جماعة على الاشتراك في رحلة او حفلة في موعد معين ، وكان مفهوم هذا الاتفاق التزام كل منها بدفع شيء في مقابل هذا الاشتراك ، او تعهد اناس بتقديم الطعام لشخص في مقابل حمل معين ، او وعد شخص شخصاً في ان يحفظ له ودعة بنحر يكون ملزماً يحفظها فجميع هذه الاتفاقات تكون من العقود ،

وبمجرد الرضا بهذا التعاقد يكفي لانعقاد العقد من دون حاجة الى التعبير عن هذا الرضا في شكل مخصوص ، فيجوز لها التعبير عن ارادتها بأي وسيلة ، سواء باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المفهمة ونحو ذلك ، وبأي كانت اللغة المستعملة بينهما في مقام التعبير عن الارادة ، بدون التقيد باستعمال لفظ مخصوص أو عبارات معينة ، فلاشفاص حريتهم المطلقة في شروط التعاقد وأوصافه واختيار نوع العقد الذي يريدونه ، وابتداع أخرى من العقود وفق حاجاتهم ، وحسب مشيئتهم (١) هذا مع قطع النظر عن طبيعة العلاقة موضوع التعاقد ، والأشخاص الذي يريدون التعاقد ، على نحو يشمل الاتفاقات التي تتم بين دولتين ولو كان موضوعها سياسياً صرفاً ، كالاتفاقات التي تتم في أيام الحروب ، ومواثيق عدم الاعتداء ، ولا يختص بما إذا كانت الالتزامات ذات قيمة مالية (٢) .

والنتيجة الحتمية لذلك هو اعطاء الارادة الحرة المطلقة والسلطنة الكاملة على انشاء العقد وتعيين الآثار التي تنشأ منه واعطاء صفة العقد لكل اتفاق يحدث اثرًا لمصلحة المتعاقدين أو لإحدهما ، واتساع مفهوم العقد لكل اتفاق ولعمارة والوديعة ونحوهما لم يعترف به القانون الروماني ، ولا الشرائع القديمة ، بل كانت العقد في نظرهما يتكون من اجراءات ومراسم وبعض الالفاظ ، ويجب ان تتم جميعها طبقاً لأوضاع معينة لتترتب عليها آثارها ، وأخيراً بدأت هذه النظرية تتطور ، فاستثنى القانون الروماني والتشريع الكنسي من هذه القاعدة الشكلية البيع والاجارة والوكالة ، ورجعا انعقادها بمجرد توافق الارادتين كما استثنينا

---

(١) نظرية العقد ص ٤٦ و ٤٩ حيث نسبت ذلك لجامعة من رجال القانون .

(٢) وقد رجح بعضهم ان الاتفاقات المتعلقة بالأشخاص كالزواج مثلاً لا تعتبر عقوداً كاملة من حيث انها لا تنشئ التزامات مالية ، ومن خصائص العقد ان تكون الالتزامات الخاصة منه ذات قيمة مالية كما نص على ذلك السنهوري انظر نظرية العقد ص ٤٨ .



الاتفاقات الشرعية التي تصبح عقوداً بمجرد الاتفاق بين عاقدتها ، وبقي القانون متمسكاً بالشكلية لبقية العقود الى ان بدأ رجال الكنيسة بالتخلص منها ، وانتهى بهم الحال الى ان اصبح الاخلال بالتعهد المالي من قبل المتعهد خطيئة دينية تتضمن معنى يستوجب العقاب ، واكره المتعهد المقصر على تنفيذ تعهده ولو بواسطة دعوى تقام عليه لدى المحاكم التي تخص الكنيسة ، وراجت فكرة الكنيسة فيما يتعلق بهذا الأمر بسبب كثرة المبادلات مع المدن التجارية الابطالية في أواخر القرون الوسطى بما اقتضى تسهيل التعاقد ، والغاء تلك القيود الشكلية ، هذا بالإضافة الى أن رجال الكنيسة حيناً رأوا أن القانون الروماني قد انتهى الى أن العقود الأربعة البيع والاجارة والشركة والوكالة وبعض الاتفاقات الشرعية تم بجزء توافق الارادتين ظنوا أن هذا القانون نفسه قد قرر مبدأ سلطان الارادة ، التي جميع تلك الشكليات التي كان لا بد منها أولاً . ومن ذلك يبدو أن مفهوم العقد عند المدنيين أوسع منه عند الشرعيين ، لأنه يتم عندهم بكل أنواع الاتفاقات مهما كان شكلها ، وبأي وسيلة حصلت اذا كانت ذات أثر ولو بالنسبة لأحد المتعاقدين ، وعلى هذا فالمعاطات من أظهر مصاديق العقود عندهم ، لأنها تشمل بالإضافة الى الاتفاق على التسليم والتسلم ، المؤكدين لتوافق الارادتين ، ولكن الشرعيين لم يتفقوا على كفاية التعاطي الفاقد للصفة في مقام البيع فضلاً عن كونه من مصاديق العقد ، كما سيأتي الحديث عنها خلال هذا الفصل .

ومهما كان الحال فان حرية التعاقد في القوانين المعمول بها في مختلف بلاد العالم واسعة لم تلق عند حد معين ، ولم تتعبد من حيث الشكل بصورة واحدة ، بل نعم جميع الاتفاقات والالتزامات سواء كانت بين طرفين أو طرف واحد على شرط أن لا تكون بمنوعة ينظر القانون ، أو مخالفة لنظام العام أو الاداب .

أما في الفقه الاسلامي ، فإن النصوص الفقهية قد تعرضت لمواضيع مختلفة من حيث موضوعها وآثارها واسمتها بالعقود ، وبجنتها الجعفريون وغيرهم في مجاميعهم الفقهية بحثاً مفصلاً ، وعدوانها البيع والصلح والاجارة والنفقة والكفالة والوديعة والهبة والعارية وغير ذلك مما هو مدون في تلك المجاميع بعنوان العقد ، وتصنيف العقود الى الأصناف المذكورة كما يتم بلحاظ العوضين يتم أيضاً باعتبار المثل الذي يقع عليه التعاقد .

أما تصنيفها باعتبار العوضين ، فيجمعها امران عقود معاوضه وعقود تبرع ، ويدخل في عقود المعاوضة البيع والصلح والشركة والاجارة والمزارعة والمسافات ، كما يدخل في عقود التبرع الوديعة والعارية والهبة والكفالة والرهن والحالة والضمان ونحو ذلك .

وأما تصنيفها باعتبار المثل ، فإن العقد قد يرد على الاعيان لتملكها كالبيع والصلح ونحوهما ، او لاستهلاكها كالقرض ، أو لحفظها كالوديعة ، أو للانتفاع بها كالعارية ، كما يمكن أن يرد على منافع الاعيان للانتفاع بها بعوض كالاجارة وبغير عوض كالعارية ، أو على عمل معين أو خدمة معينة كالأجير الخاص ، أو على شيء للعمل فيه واستغلال منفعته لصلحة المتعاقدين كالشراكة والمزارعة ونحوهما .

وتتفق القوانين المدنية في الغالب على تصنيف العقود بهذا الاعتبار ، فقد جاء في القانون العراقي ان العقد يصح أن يرد على الاعيان منقولة كانت أو عقارا لتملكها بالموض ، كالبيع ، أو بغير عوض كالهبة ، أو لحفظها كالوديعة ، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها كالقرض ، ويرد على المنافع للانتفاع بها بعوض كالاجارة ، وبغيره

كالعارية ، وعلى عمل معين او خدمة معينة كما في بعض اقسام الاجارة ، هذا  
التصنيف للمعقود عند المدنيين يلتقي مع التصنيف الشرعي لتلك العقود المعنونة في  
الفقه ، وقد أضافت قوانين بعض البلدان الى هذه العقود عقوداً غيرها ، كمقد  
التأمين والمساومة والاذعان وغير ذلك (١) .

\*  
\* \*

---

(١) انظر مصادر الحق الجزء الاول للسهرودي ص ٨٠

## العقود المستعدة

١٠

يرجع الحديث عن العقود المستعدة التي لم ينطبق عليها أحد العناوين المدونة في كتب الفقه الاسلامي ، الحديث عنها يرجع الى أن العقود المدونة في كتب الفقه هي وحدها التي امضاها الشارع بمعنى أن كل الزام او تصرف اذا لم يكن مصداقاً لواحد من تلك العقود لا تترتب عليه الاثار المقصودة للطرفين بنظر الشارع ، أو أن هذه العقود قد أقرها التشريع الاسلامي كتاباً وسنة ودونها الفقهاء في مجاميعهم لا لخصوصية بها ، ولا لان الطريق الى التعامل والانجاء والتكسب يجب أن لا يتخطاها ، بل لان التعامل بين الناس في الغالب في عصور التشريع وما بعده لم يتعدي هذه الانواع من العقود ، ولازم ذلك أن الظروف والحضارات التي تختلف باختلاف العصور اذا اقتضت نوعاً آخر للتعامل والانجاء لا يخل بالنظام ولا بالأداب العامة يكون مصداقاً للعقود التي أقرها التشريع الاسلامي في الكتاب والسنة .

لقد ذكرنا في الصفحات السابقة ان القوانين المدنية تنص بوجه عام على أن جميع الاتفاقات والالتزامات مهما كان نوعها وبأي شكل وجدت فهي من العقود ، وتصبح نافذة بالنسبة للمتأقدين ، اذا لم تخالف القانون والنظام العام (١) ،

---

(١) مصادر الحق للسنهوري رقم ١ ص ٨١ .

ولكن من المستصعب ان تنتزع هذا المبدأ العام من الفقه الاسلامي الجعفري ، وليس لدينا من النصوص والقواعد العامة ما يسمح لنا بادخال كل ما هو مستحدث في النصوص التي اقرت العقود وامرت بالوفاء بها ، ذلك لان الشاوع كما اقر مبدئياً ما هو متعارف بين الناس في التعامل والمتاجرة ، قد وضع من ناحية ثانية بعض القيود والحدود والتي بعض الوسائل التي كانت تبتمعمل في البيع والشراء وذلك بما يؤكد انه لم يترك للناس الحرية المطلقة في استعمال ما يشاؤون في معاملاتهم وعقودهم ، كما وانه لم يكن خلافاً لجميع الوسائل التي يجب ان يتم بها التعامل والاتجار ، بل اقر كثيراً ما كانوا عليه وامضى تصرفاتهم وعقودهم بعد ان ادخل عليها بعض التعديلات . واقصى ما يمكن ان يقال لاثبات مشروعية العقود المستحدثة هو ان النصوص الاسلامية لم يرد فيها ما يقتضى حصر العقود في نوع او صنف مخصوص ، ولم تعين نوع العقد والبيع والتجارة بل امرت بالوفاء بالعقود واحلت التجارات ، وفرضت على المسلمين ان يلتزموا بشروطهم والتزاماتهم من غير ان تتعرض لانواع تلك العقود واصنافها ولا لماهية التجارة وكيهيتها ، ولا لشكل الالتزام وموضوعه ، قال تعالى : يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود ، وقال احل الله البيع وحرم الربى . وقال : لا تأكلوا اموالكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم .

وقال الرسول (ص) المسلمون عند شروطهم الى غير ذلك من النصوص المتشابهة من هذه الناحية ، ومعلوم ان الناس قبل عصر التشريع كانوا يتعاملون بينهم بالبيع والشراء ويتعاقدون بجميع الأنواع الشائعة في ذلك العصر وقبله ، فلا بد ان يكون الذي يجب عليهم الوفاء به والبيع المحل لهم والتجارة المسوقة لأكل المال ، والالزام الذي يجب تنفيذه ، هو ما يسميه الناس عهداً وبيعاً وتجارة والتزاماً في عصرهم وفي جميع العصور حسب حاجات الزمن ومقتضيات الحياة ، وكل ما في الأمر ان الحاجة لم تدعوا في عصر التشريع وقبله الا لتلك الأصناف من العقود ، فاذا دعت في عصر من العصور الى صنف من العقود كما

حدث بالفعل في عصورنا المتأخرة ، يكرن المستحدث فرداً للعقد الذي يجب الوفاء به بمقتضى نص الآية ، ويتميز أكثر وضوحاً هو انه بعد ان فرضنا ان المشروع لم يختزع أنواعاً واصولاً للتعامل تسمى عقداً وبيعاً ، كما هو الحال في العبادة المختزعة ليعين الوقوف عندها فيما لو وردت في آية او رواية ، فلا بد ان يكون المراد منها اذا وردت في آيات الكتاب او في الروايات عنه (ص) هو ما يراه العرف بيعاً وعقداً ونجارة ، وما دام الامر متروكاً الى العرف ، فكل ما تعرضه حاجة المجتمع ويستعمله الناس ويسمونه عقداً ، يكون مشمولاً لتلك الأدلة العامة التي جاءت لامضاء ما هو متعارف بين الناس في مقام التعامل والانجار .

قال الشيخ محمد حسين الاصفهاني في شرحه لمكاسب الأنصاري : ان البيع وان كان موضوعاً للنقل المؤثر من دون خصوصية لنظر دون نظر ، الا ان الخطابات الشرعية حيث انها القيت الى العرف فلا بد من حملها على النقل المؤثر عندهم ، فالشارع في مخاطباته كأحد اهل العرف بالنسبة الى الآخر عندهم ، فلو اراد خلاف ما عليه اهل العرف لزم عليه نصب قرينة ، وعليه فيتعين النقل العرفي في جميع الاحكام والاثر المترتبة على النقل الشرعي (١) .

ونص غيره من فقهاء الامامية على ان البيوع والمعقود الواردة في النصوص الشرعية يراد منها ما هو عقد وبيع بنظر العرف .

وبما يؤكد ان الشارع قد ترك الامر للعرف في باب المعاملات وليس له

---

(١) الاصفهاني من فقهاء الامامية في القرن الرابع عشر . والشيخ الانصاري احد مصادرنا المعتمدة في هذا الكتاب من اعلام الفقهاء الجعفرين في القرن الثالث عشر ، توفي سنة ١٢٧٠ هـ وله مؤلفات واسعة الانتشار في الاوساط العلمية الجعفرية ولا تزال كتبه تدرس في جامعة النجف في التخصص النهائي .

حقائق تختص به ، انه قد اتفق فيها من المعاملات التي كان يجري بها التعامل بين الناس قبل ظهور الاسلام ، كبيع المناقضة والملامسة وبيع الحصاة ، وكانت هذه الامور الثلاثة تستعمل للنقل والانتقال بدون ايجاب وقبول (١) وفيها عدا هذه الامور الثلاثة فقد اقر التعامل بها وأمر بالوفاء بكل عقد تصارف الناس على استعماله في معاملاتهم اذا كان مكتملاً ومستوفياً للشروط التي اعتبرها المشرع في المتعاقدين والعوضين ، بل وفي الوسائل التي لا بد منها في التعبير عن ارادة المتعاقدين .

وجعل القول ان التشريع الاسلامي لم يكن محتزاً في المعاملات والعقود التي لا بد للناس منها في معاشهم وانظمتهم ، ووقف من هذه النواحي موقفاً حياًدياً لولا بعض التعديلات التي ادخلها على عقودهم ومعاملاتهم ، ولولا انه قد اتفق بعض الوسائل التي كانوا يستعملونها لانشاء المباداة والاتجار بأموالهم ، وفي ضمن هذه التعديلات وعلى بعد من العقود الملقاة ترك لهم حرية التعاقد واستعمال الاساليب المختلفة للتعبير عن ارادتهم في جميع عقودهم ومعاملاتهم ، واحل لهم البيع والتجارة ، وامرهم بالوفاء بكل عقد ، واحترام كل شرط ، ولم ينظر الى الانواع الشائعة في عصره بوجودها الخارجي حيثما احل التجارة والبيع وامرهم بالوفاء بالعقود ، ولو فعل ذلك لا يبقى مجال للتردد في بطلان جميع ما استحدثه الناس بعد عصره من العقود والمعاملات وبخاصة عقود التأمين على اختلاف اشكالها كما سننبه على ذلك في خلال بحثنا لهذا الموضوع ، بل اعتبر الموضوع لوجوب الوفاء والحلية في قوله : احل الله البيع ، وأوفوا بالعقود هو العقد والبيع بما لهما من

---

(١) والمراد من بيع الملامسة ، هو انتقال السلعة الى المشتري بجمود لها وبدون ان يعلم عنها شيئاً وقيل هو شرائها ليلا مع الجمل بعالمها ، وبيع المناقضة هو نيل كل من الطرفين السلعة الاخر بدلاً عن سلعته بدون ان يقول له ان هذه عرضاً عن سلعتك ، وبيع الحصاة هو ان يقول المشتري للمالك اي ثوب تقع عليه الحصاة هو لي بعد اتفاقها على الثمن كما جاء في بداية المجتهد لابن رشد ص ١٤٧ من الجزء الثاني .

الأفراد الموجودة في عصره والتي ستوجد بعد ذلك مهما كان شكلها ونوعها ما دامت تسمى عقداً أو بيعاً ، وعليه يكون المعنى المتحصل من تلك النصوص ، ان كل ما هو موجود ويمكن ان يوجد بعد ذلك اذا كان عقداً يجب الوفاء به ، واذا كان بيعاً فقد أحله الله وافر التبادل المالي به بنحو القضايا الحقيقية على حد تعبير الأصوليين . بهذا البيان نستطيع ان نقرر ان العقود التي أوردها الفقهاء في كتبهم وتعرضت لبيان أحكامها جملة من النصوص لا ينحصر بها التعامل ، ولم يقتصر عليها الفقهاء الا لأن الزمان لم يفرض غيرها في عصور التدوين والتشريع ، فاذا وجدت الحاجة او الحضارة طرقاً غيرها للتبادل والتكسب ، وسماه الناس عقداً كانت كغيرها من العقود التي كانت في عصر التشريع ، ولكننا لو سلمنا جميع ما ذكرناه ، وبيننا على ان الشارع لم يتصرف في المعاملات بنحو يكون مخترعاً وانه لم يتخطى الطرق التي كانوا يستعملونها ويستعملونها فيما بعد ، وان العقود والبيع والاذان هما الموضوع لوجوب الوفاء وللحلية ، هما ما يراه العرف عقداً او بيعاً ، لو التزمنا بكل ذلك ، ومع ذلك فليس لنا ان نقر مبدأ تحكيم العرف في هذه المسألة تحكيمياً مطلقاً ، ذلك لأن الشارع وان لم يكن مخترعاً في العقود والمعاملات كما فعل في العبادات ، بل ترك الامر للعرف في تحديد تلك المفاهيم بمعنى ان كل ما يسميه العرف عقداً اوجب الالتزام فيه والوفاء به ، ولكنه في الوقت نفسه قد اعتبر شروطاً في المعاقدين ، والموعدين ، وترك للمتعاقدين حرية التكسب والانتجار مع مراعاة الشروط والقيود التي وضعها لهم ، فاذا تعارف الناس على شكل من الانتجار بحيث لم يتخطوا الدائرة المرسومة لهم ، كانت ذلك من افراد العقد الذي يجب الوفاء به ، اما اذا لم تتوافر الشروط التي وضعها الشارع لا يمكن متابعة العرف ، والحالة هذه ، ولذا نراه قد خطى العرف في بعض ما كان متعارفاً عندهم كبيع المنافذة ، والحصى والملازمة ، لا شيء الا لأن هذه المصاديق لم تستكمل بعض الشروط التي ادخلها على المعاملات الشائعة في عصره



كالسلامة من السرور والربا والمعامرة ونحو ذلك ، لما في ذلك من المفاسد التي تضر بصالح المجتمع ، ونظر العرف انما يكون متبعاً في تشخيص المفاهيم ، لا تطبيق المفاهيم على المصاديق الخارجية ، فلو فرضنا ان العرف يرى عقد البيع مثلاً هو المؤثر في النقل والانتقال ، فنظرة يكون مرجحاً في ذلك ، اما تشخيص المصاديق وكون المصداق الخارجي فرداً للعقد فلا دليل على تحكيمه في مثل ذلك (١) .

على ان الشارع لم يترك الامر للعرف حتى بالنسبة الى المفاهيم لأث الشروط والقيود التي ادخلها على العقود يتألف منها ومن غيرها مفهوم العقد ، فلا بدو الحالة هذه من مراعاة جميع هذه النواحي في العقود المستحدثة ، فاذا سلت من العيوب التي نظر اليها الشارع بعين الاعتبار ، وكانت بنظر العرف من العقود تكون مشمولة لتلك الادلة العامة ويجب الالتزام بها ولا بد لنا وقد اتينا الى هذه النتيجة من الاشارة الى بعض العقود المستحدثة لنرى مقدار صلتها بالعقود التي اقرها التشريع الاسلامي ، وبما ان عقود التأمين من ابرز تلك العقود واكثرها انتشاراً لاسيما في العصور المتأخرة ، فقد اثرنا ان نتحدث عنها ، وبالتالي بتضع الحكم في جميع المستحدثات من النتيجة التي سينتهي اليها البحث

وعقود التأمين منها ما يكون على النفس ، ومنها ما يكون على الأموال وغير ذلك من الموارد التي يستعمل فيها هذا العقد ، وهو عقد بين طرفين الشركة المؤمنة ، والمستامن وهو طالب التأمين ، ويعتضي الاتفاق الحاصل بينهما يقوم المستامن بدفع مبلغ من المال اقساطاً شهرية او سنوية ، او بدفع المبلغ بكاملة الى الشركة لقاء التزام الشركة بدفع مبلغ من المال اليه فيما لو اصاب محل العقد حادث ادى الى موت المستامن ، او تحطم السيارة فيما لو كانت هي المحل لعقد التأمين او غير ذلك بما يجري عليه الاتفاق بين الطرفين ، وقد ينص الطرفان في ضمن الاتفاق

---

(١) انظر مكاسب الشيخ الانصاري ، ومنية الطالب للقرنبراري ، وشرح المكاسب للاصفهاني .

الحاصل بينها على ان المستامن اذا تأخر عن دفع الاقساط في المدة المتفق عليها بينها  
تفسخ المعاملة ويسقط حق المستامن بالانتفاع بالمال المدفوع، والأموال التي تدفعها  
الشركة الى المستامن تتكون من الأموال التي تقبضها من المستامين وبالطبع  
تتكون لها الأرباح الطائفة من مجموع الأموال التي تجتمع عندها من المشتركين  
بالإضافة الى منافع الأموال وفوائدها ، والطرق المستعملة في التأمين على النفس  
لا تعدى الصور التالية .

١ - ان يتفقا على ان يدفع المستامن لشركة عشرة الاف ليرة اقساطاً كل  
قسط خمسة ليرة لمدة عشرين عاماً فإذا مات المستامن قبل نهاية المدة تدفع له  
الشركة المبلغ بكامله ، وإذا عاش الى نهاية المدة لا يستحق شيئاً ويصبح المال  
بكامله ملكاً للشركة .

٢ - ان يتفقا على عشرة الاف ليرة لبنانية يدفعها المستامن خلال عشرين  
عاماً ، كل عام خمسة ليرة على ان يكون للمال المدفوع فائدة معينة ، فان  
مات المستامن قبل نهاية المدة استحق على الشركة المبلغ المتفق عليه بكامله مع  
فوائده ، وان بقي حياً الى نهاية العشرين عاماً لا يستحق على الشركة شيئاً .

٣ - ان يتفقا على مبلغ من المال يدفعه المستامن اقساطاً على ان يكون له  
فائدة بنسبة معينة يتفقان عليها ، فان مات قبل انتهاء المدة أرجع له المؤمن  
الأموال المتفق عليها بكاملها مع فوائدها ، وان عاش الى نهاية المدة أرجع له  
المال مع فوائده ايضاً .

٤ - ان يتفقا على مبلغ من المال وعلى الاقساط التي يدفعها المستامن في كل  
شهر او سنة وانه اى المستامن يسترجع المبلغ بكامله ان مات قبل نهاية المدة  
ولكنه لو اخل بأحد المواد المتفق عليها تبطل المعاملة ويصبح المال المدفوع  
بكامله ملكاً للمؤمن الى غير ذلك من الامثلة المتشابهة من غير فرق ان يكون  
التأمين على الأرواح او الأموال كما في التأمين على المتاجر والسيارات والشركات  
وغير ذلك .

ومن ذلك تبين ان عقد التأمين هو عبارة عن اتفاق بين المؤمن اي الشركة من جهة وبين طالب التأمين من ناحية اخرى ، وبمقتضى هذا الاتفاق تتعهد الشركة ان تدفع للمستأن مبلغاً من المال اذا اصاب بعادث معين في وثيقة التأمين ، وفي مقابل ذلك يدفع طالب التأمين مبلغاً من المال على اقساط يتفق عليها الطرفان ، هذا الاتفاق لو نظرنا اليه من حيث ذاته كعقد مستقل بعد ان ينشأ على ان ادلة العقود ليست ظاهرة الى ما كان في عهد التشريع ، بل تدل على وجوب الوفاء بكل ما يسميه الناس عقداً ولو كان خارجاً عن المناوئين المدونة في كتب الفقهاء ، ولكن لا بد من ملاحظة التعديلات التي ادخلها الشارع على العقود بعين الاعتبار ، لو نظرنا الى عقود التأمين من حيث ذاتها باعتبارها عقوداً مستقلة ، واخذنا تلك التعديلات التي ادخلها الشارع على العقود بعين الاعتبار يتضح لنا ان هذه الاتفاقات ليست من العقود التي اوجب الشارع الوفاء بها كما تنص على ذلك الآية من سورة المائدة ، ذلك لأن المستأن حينما يتفق مع الشركة على مبلغ معين من المال يدفعه لها اقساطاً خلال مدة من الزمن ، كما في الامثلة السابقة ونظائرها لا يدفعه لها لقاء اي عمل من الاعمال تؤديها اليه الشركة ، ولا هي بدورها تقوم بعمل لصالحه ، ولا يضع المؤمن والمستأن في حسابها في مقام التعاقد قيام الشركة بأي عمل من الاعمال حتى ولو من نوع التوجيه والارشاد ان الصعوبة او الاقتصادية ونحو ذلك ، وكل ما في الامر ان المؤمن يتفق مع المستأن على مبلغ من المال يؤديه اقساطاً في كل سنة قسط منه ، وفي مقابل ذلك يتعهد المؤمن الذي هو عبارة عن الشركة بواسطة وكلائها الموزعين في مختلف المناطق ان يدفع الى الطرف الآخر المبلغ المتفق عليه بكامله فيما لو اصاب المؤمن عليه بوت او حريق او اي حادث آخر قبل انتهاء المدة المتفق عليها ، واذا انتهت المدة وتم دفع الاقساط تستحق الشركة المبلغ بكامله في بعض الفروض ، وفي البعض الآخر يسترجع المستأن المبلغ بكامله مع الفوائد التي يتفق عليها مع الشركة عند الشروع في المعاملة .

فالمستأمن حينما يقدم على المعاملة يضع في حسابه استحقاق المبلغ بكامله بمجرد الشروع في دفع الاقساط لأن احتمال طرود حادث عليه او على امواله المؤمنة قائم في نفسه في كل لحظة من حياته ، ولو علم بأن حياته تمتد الى تمام المدة المحددة بينه وبين الشركة لا يقدم على هذه المعاملة قطعاً ، فكل قسط من الاقساط لا يدفعه الا لأنه يأمل ان يربح هو او وريثه المبلغ بكامله قبل دفع الاقساط للشركة بكاملها ، ، كما وان الشركة حينما تتفق مع طالب التأمين على ان تدفع له المبلغ المتفق عليه اذا اصاب المؤمن عليه بمحادث ، انما تقدم على هذه المعاملة على امل ان يسلم المؤمن عليه وتربح هي الاقساط كاملة بعد نهاية المدة المحددة بينها ، لذا فإن النشرات التي تصدر عن شركة التأمين لا تقرر التعاقد فيها لو كان المؤمن عليه مصاباً ببعض الامراض الفتاكة ، او كان معرضاً للخطر في اكثر حالاته .

فعمود التأمين في واقعها ليست بعيدة عن المقامرة ، لان المقامر حينما يقدم على بذل ماله لا يضع في حسابه الا احتمال الحصول على المبالغ المتفق عليها بينه وبين رفاقه ، وفي نفس الوقت فهو محتمل ان يكون الربح في جانب الطرف الآخر ، فاحتمال الربح وحده هو الدافع على المقامرة المتداولة بين الناس ، مع العلم بأنها لا تنحصر بألة خاصة من الآلات المتعارفة ، ولا بنوع خاص من انواع المقاتلة ، كما نص على ذلك الشيخ الانصاري في مكاسبه (١) فكل عمل يرجع في واقعه الى بذل المال بدون مقابل اذا كانت الدافع عليه احتمال الربح المقترن بإحتمال الخسران يكون من افراد المقامرة وان اختلف مع المتعارف الشائع منها بالشكل والطريقة .

وعقود التأمين على ما بينها وبين المقامرات المتعارفة من تفاوت من حيث

---

(١) انظر الفصل الذي عهده في اول المكاسب لبيان انواع المكاسب المحرمة .

الشكل والطريقة ، الا انها من حيث النتائج والدوافع تلتقي معها التفاه كليا ، ذلك لان طالب التأمين يتفق مع الشركة على مبلغ من المال يدفعه لها اقساطا بدون مقابل لاحتمال ان يطرأ عليه او على ماله المؤمن عليه حادث فيربح المبلغ بكامله في المرحلة الأولى من مراحل التسيط ، وهكذا الحال بالنسبة الى الشركة المؤمنة ، فانها تتعهد من جانبها بدفع المبلغ كاملا اذا اصاب المؤمن عليه بحدوث وفي نفس الوقت الدوافع الأولى لهذا التمدد احتمال السلامة الى نهاية المدة التي تتم فيها الأقساط وعند ذلك تربح الشركة المال بكامله فيها لو ساعدها الحظ وسلم المؤمن عليه ، وهذا الواقع الذي تنتهي اليه عقود التأمين ، هو المتحصل من عقود المقامرة .

ولو تنازلنا عن جميع ذلك وبنينا على ان العقود لا تنحصر فيما كانت في عصر التشريع ، لو بنينا على ذلك فليس بالإمكان ان نلزم بكل ما يسميه الناس عقداً ذلك لان البيانات الشرعية وان لم تقف جامدة بجانب العقود التي كانت في عصر التشريع ، والتي دونها الفقهاء في مجاميعهم ، الا انها احتفظت لنفسها ببعض القيود والتعديلات وفرضت على المتعاقدين التقيد بها مما كان نوع العقد ومن ذلك سلامة المعاملة عن الجهالة والغرر اعتياداً على بعض الروايات عن النبي (ص) التي تنص على انه نهى عن الغرر ، وقد اخذ الفقهاء بهذا المبدأ واعتبروا السلامة من الضرر من اركان صحة المعاملة مما كان نوعها .

ومما حاولنا تركية عقود التأمين ، فليس بالأمكان تركيتها من هذا العيب وذلك لان كلا من الطرفين في هذا النوع من العقود يقدم على امر مجهول لديه لا يعرف كيف ينتهي مصير امواله التي تعاهد مع الآخر على دفعها ، ويرى نفسه مصيرا لاحتمال الربح المقترب باحتمال الخسران كما ذكرنا وهذا النوع من الجهالة من

أظهر مصاديق الغرر المنهي عنه .

وقد استدلل الفقهاء بالحديث المتضمن لنهي النبي عن الغرر في أكثر المعاملات حسب المناسبات ، واعتمدوا عليه في بطلان العقد مع الجهل بالعوضين ، وعدم القدرة عليها ونحو ذلك ، وفي ذلك دلالة على أن المشرع لم يعطي المتعاقدين الحرية المطلقة في التعاقد واعتبر العلم بالعوضين ، والقدرة عليها وكونها مآلين بنظر العرف من الشروط التي لا بد منها في جميع العقود المالية والمعاوضات بالإضافة إلى شروط المتعاقدين ، وبدون ذلك لا تصح المعاملة ، سواء كانت من نوع المعاملات المدونة في مجاميع الفقه ، أم كانت من العقود المستحدثة . هذا كله بناء على أن الشارع لم يقف إلى جانب العقود التي كانت في عشرين التشريع ، بل تعداها وامتضى كل ما يسميه الناس عقدا ولو تجدد بعد ذلك على شرط أن تتوفر فيه التعديلات التي أدخلها على العقود .

أما بناء على أن العقود التي يجب الوفاء بها ويجب تنفيذها هي العقود التي كانت في ذلك العصر ، وليس لاحد أن يتخطاها مهما بلغت الحاجة إليها كما رجع ذلك بعض الفقهاء والظاهرية ، فعقود التأمين المتعارفة بين الناس في هذا العصر من حيث أنها عقود قائمة بذاتها ، لا يمكن تصحيحها إلا بعد عرضها على العقود المدونة في مجاميع الفقه ، ولا اظن أن الباحث بعد المقارنة بينها وبين تلك العقود يتروّد في المخاربة بينها من جميع الجهات .

نعم لو اردنا ادخالها في العقود الشرعية لا بد وأن نفترض عقود التأمين على غير واقعها المتعارف في هذا العصر ، كما فعل المقرر لبحث آية الله الشيخ حسين الحلّي في كتابه «بحوث فقهية» ، فانه صور عقود التأمين تصويراً يتفق مع الضمان

والهبة والصلح كما جاء في كتابه ، ولم ينظر اليها من الناحية الموضوعية . ولا أشك في أن المقرر لو نظر اليها من هذه الناحية وقارن بينها وبين العقود الشرعية لم ينتهي الى النتيجة التي انتهى اليها في كتابه ( ١ ) .

\*

\* \*

---

( ١ ) بحوث فقهاء للعلامة السيد عز الدين بحر العلوم من محاضرات آية الله الشيخ حسين الحلي وقد جمع المؤلف قسماً من محاضرات استاذة الحلي في هذا الكتاب عالج فيها بعض المواضيع الشائكة في هذا الزمان ، فكان موقفاً في عرض الفكرة وفي الاسلوب نسبياً . وكنت اود تسجيل ملاحظاتي عل الكتاب فيما يعود الى عقود التأمين ، ولكنني تركت ذلك تهرباً من التطويل .

## صيغة العقد

١١

لكي يكون العقد ويتعلق لا بد له من إيجاب وقبولين على ارادة المتعاقدين ، ذلك لأن الارادة بما لا بد منها في تكوين العقد ، وهي كسائر الأمور القائمة بالنفس لا تظهر الا بما يدل عليها من قول أو فعل ، وبدون ذلك تبقى سرّاً مكتوماً ، ولا شيء أدل عليها من الاقوال والافعال ، لذلك نص الفقهاء على أن الألفاظ لا بد منها في جميع العقود قال الشيخ مرتضى الأنصاري في مكاسبه : لقد دل الاجماع والشهرة على اعتبار اللفظ في العقود ، وأضاف الى ذلك أن النصوص المروية عن النبي والائمة ، تؤكد هذا الأمر في الموارد التي يتمكن فيها المتعاقدان من استعمال الالفاظ الكاشفة عن إرادتهما ، وحيث لا يتمكن المتعاقدان من التعبير عن مقصودهما باللفظ كما في الاخرس مثلاً ولم يتمكنوا من توكيل غيرهما يتمكن من التلفظ ، تكفي منها الاشارة الكاشفة عن إرادتهما ، ومع العجز عنها يتم التعاقد بينهما بالكتابة (١) .

ويبدو من النصوص الفقهية المنتشرة في مجاميع الفقه الشيعي أن الالفاظ من أفضل الوسائل التي تستعمل للتعبير عن الارادة وتجيء في المرتبة الاولى مع التمكن منها .

---

(١) انظر المكاسب للشيخ الأنصاري كتاب البيع



وقال الدكتور محمد يوسف موسى : ونجد المادة ٩٠ من القانون المدني تنص على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون بإتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود (١) .

هذا وقد أشرنا عند الشروع في هذا الفصل الى انواع العقود بصورة موجزة ، ونعود الآن لتفصيل ما أوجزناه أولاً تمهيداً لبيان ما لا بد فيه من الإيجاب والقبول الفعليين ، وما لا يحتاج من العقود الى الالتقاط بالنسبة الى القبول كالبه والعارية ونحوهما . والمتحصل من نصوص الفقهاء أن العقود على ثلاثة أقسام .

العقود الإذنية ، وهي التي تحصل بمجرد الإذن والرضا من المالك كالوديعة والعارية ، بناء على أن العارية لا تليد أكثر من إباحة الانتفاع بالأعيان المستعارة ، وقد ذكرنا في أوائل هذا الفصل أن الفقهاء قد اصطلموا على إعطاء العارية والوديعة اسم العقد ، باعتبار أنها يرتبطان بشخصين معين ومستعير ، وودعي ومودع ، مع العلم بأنها لا يؤيدان معنى العقد بما له من المعنى الذي يتناسب مع معناه الفقري .

٢ - العقود العهدية التعليقية ، كقدر السبق والجعالة والمزاولة ونحو ذلك بما يكون الموضع فيها معلقاً على حصول أمر آخر ، أو يكون استحقاقه مشروطاً بحصول العمل كما هو الحال في الجعالة .

٣ - العقود العهدية المنجزة ، وهي عبارة عما لا يكون المنشأ فيها معلقاً على شيء كالبيع والاجارة والهبة وغير ذلك بما يكفي لترتيب الآثار عليها الانشاء من الطرفين أو من أحدهما .

وبهذا البيان تنتظم سائر العقود التي دونها الفقهاء في مجاميعهم وموسوعاتهم

---

(١) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٣٢٩ .

الفقهية ، وعلى ما بينها من اختلاف من حيث الآثار والخصوصيات لا بد فيها من توافق الزادتين ، والألفاظ هي الأداة الأولى التي تعبر عن الإرادة القائمة بالنفس ، ولذلك لم يتردد أحد في الأخذ بالألفاظ الصريحة لتعيين مراد المتعاقدين وغيرها كالشهادات والإقرارات ونحو ذلك ، كما لم يتردد أحد في تقديمها على غيرها من وسائل الكشف عن مراد المتكلم كالكتابة والإشارة والقرائن والكنائيات ونحو ذلك مما يمكن الإعتماد عليه إذا تمسر استعمال الألفاظ ، وقد ذكرنا بعض النصوص الفقهية التي تؤكد هذا المعنى ، والذي رجحه الشيخ الأنصاري أن العاجز عن استعمال الألفاظ تكفيه الإشارة ولو كان متمكناً من توكيل القادر على استعمال الألفاظ اعتماداً على النصوص التي تصرح بصحة الطلاق الواقع من الآخرس بإشارته ، وهذه النصوص يقتضى إطلاقها تنص على صحة طلاقه بالإشارة المفهومة لمراذه ولو كان متمكناً من توكيل الغير ، وليس في بقية النصوص ما يشعر بوجود استنابة الغير منه .

وكما لا يصح العقد بالكتابة والإشارة مع التمكن من استعمال الألفاظ ، كذلك لا يصح بالكتابة في هذه الحالة ، وقد ادعى الشيخ مرتضى الأنصاري وغيره ، أن المشهور بين الفقهاء عدم الإكفاء بها مع تيسر استعمال الألفاظ ، وأضاف إلى ذلك أن البيع لا يتعقد بقول البائع أدخلته في ملكك ، أو جعلته لك ، أو خذه مني فقد سلطك عليه لعدم صراحة هذه الألفاظ في النقل والانتقال ، كما نص بعض الفقهاء على أنه لا يتعقد بقول البائع : أعطيتك بكذا ، أو سلطك عليه بكذا ومرجع هذا القول إلى أنه لا بد من الألفاظ المستعملة في معانيها الحقيقية في العقود ، لأن الجواز لا يمنع الإحتمال المخالف من حيث أن وسائل الكشف التام غير متوفرة فيه ، من غير فرق بين المجازات البعيدة والقريبة .

وقد رجح جماعة من فقهاء الإمامية : أن العقود سواء كانت بيعاً أو خلافة تصبح بكل لفظ يدل على المعنى المقصود منها من غير فرق بين الصريح وغيره ، فكما يتعقد البيع مثلاً بلفظ بعت أو ملكت ، يتعقد بقول البائع نقلته إلى

ملكك ، أو جعلت هذا المقار ملكاً لك وغير ذلك من الألفاظ المؤدية بهذا المعنى ، وحتى بالكتابات والمجازات على نحو تكون القرينة الدالة على المعنى المجازي لفظاً موضوعاً للنقل والانتقال بحيث تنتهي دلالة اللفظ على البيع إلى الوضع ، أما لو كانت القرينة الدالة على المعنى المجاز خارجة عن العقد ، أما لأنها غير لفظية ، وأما لأنها لفظية سابقة على العقد ، ففي مثل ذلك لا تكون الدلالة على المراد مستندة إلى اللفظ المستعمل في إيجاب البيع ، ولا بد من الألفاظ في التعبير عن إرادة المتعاقدين ، ولم يفرق أنصار هذا القول بين عقد البيع وغيره من سائر العقود على اختلاف أنواعها وآثارها (١) .

وقد بالغ بعضهم فعوز استعمال لفظ أعرت في مقام الاجارة بدلاً من أجرتك اعتماداً على ظهور هذا اللفظ في المراد .

وغالى بعضهم فادعى أن العقود اللازمة قد وضع لها المشرع ألفاظاً مخصوصة يجب الوقوف عندها والاقتصار عليها ، لأن العقود من الأسباب الشرعية المجعولة للنقل والانتقال ، والقدر المتيقن منها هو الألفاظ التي نص عليها الشارع .

ومن مجموع ما تقدم تبين أنه لا بد من الألفاظ في العقود من حيث كشفها عن إرادة المتعاقدين التي لا يمكن معرفتها إلا بعد التعبير عنها بما يدل عليها ، ولم يظهر من آراء الفقهاء ولا من النصوص وجوب التمسك بالألفاظ مخصوصة في إنشاء العقود على اختلاف أنواعها ، وكل ما في الأمر أن الذي ورد على لسان الشارع هو استعمال الألفاظ التي تعبر عن عنوان المعاملة ، فقد عبر عن النقل والانتقال

---

١ - انظر مكاسب الشيخ الأنصاري ، وقد فرق الخونساري في منية الطالب بين المجازات المشهورة وغيرها فنص على أن المجازات المشهورة يصح استعمالها في العقود ، لأن شهرة المعنى المجازي توجب انصراف اللفظ إليه عند صدوره لا سيما مع وجود القرينة المنيئة له ، أما إذا لم يكن مشهوراً ، فإنه يحتاج بالإضافة إلى القرينة المنيئة إلى قرينة صارفة ، فهو عند صدوره يدل على المعنى الحقيقي بالولاية التصورية ، وبحسب الدلالة بعد وجود القرينتين يدل على المعنى المجازي . فلا يكون اللفظ آلة لإيجاد المعنى المقصود .

بالباع ، وعن العلاقة الخاصة بين الرجل والمرأة بالنكاح والزوجة ، فلا بد والحالة هذه من استعمال الالفاظ التي تعبر عن نوعية العقد ، فلا يصح التعبير بلفظ وهبت في مقام البيع ، ولا بلفظ بعث في عقد الزواج ، ولم يتضح من النصوص الشرعية اشتراط لفظ خاص في مقام التعبير عن تلك العقود ، وكل ما في الامر ان الالفاظ التي تستعمل كوسيلة للتعبير عن إرادة المتعاقدين لا بد وان تكون معبرة وكاشفة عن عنوان تلك المعاملة ، فلفظ بعث في النكاح لا يعبر عن علاقة الزوجية بخلاف زوجت وانكحت ، كما وان زوجت لا تعبر عن المبادلة بين المالكين وبذلك تبين ان الشارع وان لم يشترط لفظاً خاصاً للتعبير عن تلك العناوين السبابة بالعقد ، ولكن ذلك لا يعني انه يصح استعمال كل لفظ ولو لم يكن معبراً بمقتضى وضعه عن طبيعة تلك المعاملة المقصودة للمتعاقدين ، بل لا بد فيه من كونه منطبقاً ومعبراً عن عنوان ذلك العقد كما ذكرنا .

وبعد ان تحدث الفقهاء عن هذه المرحلة من مراحل تكوين العقد الراجعة إلى انه لا بد من تكوينه بالالفاظ الكاشفة عن إرادة المتعاقدين تحدثوا عن ناحية أخرى من النواحي المتعلقة بصيغ العقود ، فقالوا : ان صيغة العقد تتم بإيجاب البائع وقبول المشتري ، ولم يختلفوا في انه يتم بصيغة بعث من البائع في مقام الإيجاب ، وان كانت من الصيغ التي تستعمل في البيع والشراء ، إلا ان استعمالها في الإيجاب بلغ حداً يوجب انصرافها إلى الإيجاب بمجرد صدورهما من الموجب .

اما لفظ شريت فقد رجح أكثرهم جواز استعماله في الإيجاب من البائع ، لأنه من الالفاظ المشتركة بين البيع والشراء كما نص على ذلك المؤلفون في اللغة ، ولأنه لم يستعمل في القرآن الكريم إلا في البيع كما نص على ذلك بعض الفقهاء ، قال تعالى : وشروه بثمان بنحس دراهم معدودة وكانوا فيه من الزاهدين .

وقال : ومنهم من يشري نفسه ابتغاء مرضاة الله ، إلى غير ذلك من الآيات التي ورد فيها لفظ الشراء بمعنى البيع ، وقال في الجواهر : ويتحقق إيجاب البيع

بيعت قطعاً ، وشريت على المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً (١) .

ونص غيره من الفقهاء على أن الإيجاب من البائع لا يتم بهذا اللفظ لأن كثرة استعماله في الشراء أوجبت انصرافه عن معنى البيع عند إطلاقه بنحو أصبح استعماله في إنشاء البيع محتاجاً إلى قرينة معينة لإرادة هذا المعنى منه .

ومن الالفاظ التي يصح استعمالها في إنشاء البيع من البائع ملكتك ، وقد ادعى بعض الفقهاء الاتفاق على صحة الإيجاب به ، ويؤيد ذلك ما جاء في تعريف البيع من أنه تملك مال بعوض ، وإن ملكتك وبعثت من الالفاظ المترادفة كما نص على ذلك أهل اللغة ، وإرادة هذا المعنى منه لا يتنافى مع استعماله في مقام الهبة ، ذلك لأنه إذا استعمل في الهبة لا بد من تجريده عن العوض ، وفي البيع لا ينقلد بيعاً بدون ذكر العوض ، فإذا ذكر العوض بعده أفاد معنى البيع ، وإن تجرد عنه أفاد الهبة ، ومن ذلك تبين أن بيعت وشريت يصح استعمالها في الإيجاب والقبول ، وإن كانت الأولى أدل على إنشاء البيع من الثانية ، كما وإن شريت أصرح في الشراء من بيعت ، والذي يعين إرادة أحد المعنيين منها أن شريت إذا استعملت في إنشاء البيع تتعدى إلى مفعولين ، وإذا كانت بمعنى القبول لا تحتاج إلا إلى مفعول واحد ، وهكذا الحال بالنسبة إلى بيعت ، وأجاز بعض الفقهاء إنشاء البيع بلفظ اشتريت .

وقال صاحب الجواهر بهذه المناسبة : والمدار على صراحة اللفظ في المعنى المراد ، ولم يثبت من الأدلة اختصاص البيع بلفظ معين ، ولا من الفقهاء اشتراط أمر زائد على صراحة اللفظ في المعنى .

وأما القبول فيصح بلفظ قبلت ورضيت واشتريت وابتعت وفعلت ونحو

---

(١) انظر الجواهر كتاب المتاجر ص ٥٤ ، والمكاسب مبحث الالفاظ التي تتم بها العقود .

ذلك بما يدل على قبول المشتري ورضاه بالمبادلة بين المالكين (١) ، ومع ان  
 اكثر الفقهاء لم يشترطوا لفظاً معيناً في مقام الايجاب والقبول ، ويكتفون بلفظ  
 البيع والشراء وما يشق منها ، والتملك ومشتقاته وغير ذلك بما هو كلف عن  
 ارادة المتعاقدين ، ومع ذلك يؤثرون صيغة الماضي في التعبير عن الإرادة ، ولعل  
 ذلك من جهة انها اصرح في التعبير عنها في المرحلة النهائية التي هي مرحلة الجزم  
 والبت ، بعد ان تتجاوز دور التردد والتفكير والمفاوضة ، بخلاف غيرها من  
 الصيغ كصيغة الأمر والمضارع ، حيث انها لم يتممها الحال ، بل يحتملان الحال  
 والاستقبال ، ولذلك لا بد من الرجوع إلى الظروف والملازمات التي تحيط بهاتين  
 الصيغتين فإن دللتا على الحال وكشفتا عن ارادة المتعاقدين في انشاء التملك بها  
 يتم العقد ، وإلا فلا ، ونظراً لأنها لم يتممها للدلالة على الحال الذي لا بد منه في  
 انشاء البيع ، نص جماعة من الفقهاء على ان العقد لا يتم بها ، لأن المضارع اخبار  
 عما يحدث في المستقبل ، والأمر يفيد معنى الاستدعاء والطلب ، فلا يدلان على  
 انشاء التملك في الحال ، ولكن أكثر الفقهاء أجازوا استعمال جميع الالفاظ  
 والصيغ في العقود اعتياداً على النصوص التي تدل وقوع العقد بلفظ المضارع .

فقد جاء في صحيفة رفاة : أنه سأل أبا الحسن موسى بن جعفر (ع) : أيصلح لي  
 ان أشتري من القوم الجارية الأبلقة فأعطيهم الثمن وأطلبها انا ؟ قال (ع) لا يصلح  
 شرائها الا ان تشري معها ثوباً أو متاعاً تقول لهم : أشتري منكم جاريتم فلانة  
 وهذا المتاع بكذا درهماً فإن ذلك جائز .

وجاء في رواية هشام بن سالم ، أنه قال قلت له كيف أتزوج المتعة ؟ قال (ع)  
 تقول يا أمة الله أتزوجك بكذا وكذا يوماً بكذا درهماً ، وروى جماعة عن الامام  
 (ع) أنه قال له إذا أودت ان تشتري المصحف ، فقل له : أشتري منك الجسد  
 والورق بكذا درهماً ، إلى غير ذلك من المرويات الموزعة في كتب الفقه ، والتي

---

(١) انظر المكاسب الشيخ الانصاري .

بظواهرها تدل على جواز استعمال المضارع في انشاء البيع (١) ، وهذا بالإضافة إلى  
العمومات التي تدل على وجوب الوفاء بالعقود وحلية البيع والتجارة الشاملة  
بعمومها لصورة انشاء البيع بلفظي المضارع والأمر إذا تحقق بهما انشاء التمليك  
والمبادلة في الحال ، ومع التفاضي عن جميع ذلك ، فإن الفعل الماضي يفيد  
الإخبار عن التلبس بالبدء في الزمان الماضي ، فلو أنشأ المتعاقدان العقد بصيغة  
الماضي ، فهو يلحظ المعنى الحقيقي يكون إخباراً عن وقوع البيع في الزمن  
الماضي ، وإذا قصد به الانشاء ، يكون استعماله بهذا المعنى مجازاً لأنه استعمال  
في غير معناه .

أما الفعل المضارع ، فإنه مشترك بين الحال والاستقبال ، فلو استعمل في انشاء  
البيع في الحال يكون مستعملاً في معناه الموضوع له ، ويكون أولى بالصحة من  
الماضي ، لأن الماضي لا يدل على الانشاء إلا بقربة المقام التي تعين قصد الانشاء  
منه ، وهذه القرينة بعينها هي التي تعين أجد معنيي المضارع منه وهو الإنشاء  
دون الإخبار ، كما تعين استعمال الأمر في انشاء المبادلة فيما لو أنشأ البائع البيع به ،  
والاستدعاء الراجع إلى طلب إيجاد الفعل إما بتعين إرادته من الأمر حيث يتمتع  
انشاء الفعل بالصيغة كما في مثل أضرب ، أما غيرها كبيع واشترى من صيغ  
الأمر فيصح استعمالها في انشاء المبادلة بين المالكين ، وكل ما في الأمر ان استعمال  
الأمر في انشاء البيع ليس مألوفاً عند الصرف ، والشارع لم يتخطى ما هو المألوف

---

(١) ومن القريب بالنسبة إلى هذه المراتب ان تكون واردة لبيان الكيفية التي يجب اتباعها  
في البيع والشراء من حيث التفاهم بين المتعاقدين على محل العقد ، لا لبيان الصيغة التي يجوز  
استعمالها في انشاء العقود انظر شرح المكاسب للسيد كاظم ص ٨٨ ولكن هذا الاحتمال يكاد ان  
يختص في الروايات التي تعرضت لمسألة بيع العبد الأبق والمصحف ، ولا يجري في الروايات الواردة  
في التنكاح ، وقد جاء في رواية ابن بن تغلب عن الصادق (ج) انه قال تقول لها : أزوجك متعة  
عن كتاب الله وستة بنيه لا واردة ولا موروثة كذا سنة يكذب حراماً فهي نص في جواز استعمال  
صيغة المضارع في انشاء العقد .

عرفاً في المعاملات والتجارات في الغالب (١) .

ومن مجموع ذلك تبين ان المبدأ العام المستفاد من أدلة الأحكام ومن النصوص الفقهية فيما يرجع إلى صيغة العقد ، ان الألفاظ لا بد منها للتعبير عن ارادة المتعاقدين ، وهي مقدمة على غيرها من وسائل التعبير عن الارادة لأنها أصرح من الإشارة والكتابة ونحوهما ، وكل لفظ يدل على انشاء المبادلة والنقل والانتقال يتكون منه العقد ، وكلما كان اللفظ أصرح في الدلالة على هذا المعنى تكون له الأفضلية على غيره من الالفاظ التي ليست بتلك الصراحة ، والقائلون بعدم كفاية المجاز والكتابة والمضارع والأمر والإستهام في تكوين العقد يقولون بذلك من حيث ان هذه الصيغ لا تدل على الإنشاء في الحال إلا بضميمة بعض القرائن الخارجة عن اللفظ ، ولو افترضنا ان هذه الصيغ تدل على انشاء النقل والانتقال في الحال ولو بواسطة القرائن والملابسات المحيطة بها على نحو تكون دلالتها على هذا المعنى مستفادة من الملفظ لا من خارجه ، لو افترضنا ذلك يصح استعمالها في العقود عند أكثر الفقهاء كغيرها من الألفاظ التي هي أصرح وأكمل دلالة على المقصود .

وقد رجع جماعة من الفقهاء ان الصيغ التي يتكون منها العقد لا بد وان تكون باللغة العربية واسرف بعضهم فاعتبر العربية في كل ما لا بد منه في العقود ، اقتداء بالمشرع ، ولأن من يشترط في تكوينه ان يقع بصيغة الماضي مثلاً ، يلزمه ان يشترط وقوعه باللغة العربية بالأولوية ، ولكن الرأي الفقهي الشائع المنتشر بين الفقهاء هو عدم اعتبارها وجواز استعمال أي لغة كانت في انشاء العقود عملاً بالإطلاقات والعمومات التي نصت على تشريع العقود ووجوب الوفاء بها (٢) .

وقد بالغ وحيد الدين سوار في كتابه التعبير من الإرادة في قوله ان مذهب

---

(١) انظر نهج الفقهاء للسيد الحكيم ص ٩٨ .

(٢) انظر نهج الفقهاء للسيد محسن الحكيم ص ٩٧ .



الإمامية في طليعة المفرقين في تقديس الألفاظ ، ذلك لأن فهم من يحتم التعبير عن الإرادة باللغة العربية ، ويلزم العاقد بمراعاة أحكام البناء والإعراب بالصيغة العقدية على حد تعبيره ، هذه النسبة لبعض فقهاء الإمامية وإن كانت صحيحة كما ذكرنا ، إلا أن اعتبار مذهب الإمامية في طليعة المفرقين بتقديس الألفاظ مبالغة لا مبرر لها من المؤلف ، ذلك لأن أنصار هذا الرأي عدد يسير من الفقهاء ، ولا يسوغ نسبة رأي إلى الفقهاء ما لم يكن مجمعاً عليه بينهم أو متفقاً عليه بين أكثرهم ، على أن أنصار هذا الرأي من الجعفرين ليسوا بأكثر من غيرهم من فقهاء المذاهب الأربعة الذين يشترطون في العقود أن تكون بالألفاظ التي وردت في الكتاب والسنة ، ونسب جماعة منهم على أن عقد النكاح لا يتم إلا إذا كانت صيغته من مادي نكح وزوج لأنها وردت في القرآن فيجب الوقوف عندهما ، ولا يتم العقد بدونها ، ونسب الدكتور محمد يوسف ذلك إلى الحنابلة والشوافع والمالكية ومهما كان فاجتلاف الواقع بين فقهاء الشيعة فيما يتكون به العقد واقع بين غيرهم من فقهاء المذاهب الأربعة ، وكما غالى بعض فقهاء الشيعة في تقديس الألفاظ يوجد بين فقهاء المذاهب الأخرى من هم أكثر غلواً وتقديساً للألفاظ . قال الشوافع : لا ينعقد البيع إلا بالصيغة الكلامية ، أو ما يقوم مقامها من الكتاب والرسول وإشارة الآخرس المعلومة وجوزة بعضهم بالأخذ والتعاطي في الأشياء اليسيرة .

وقال الأحناف : إن البيع يتم بالقول والفعل ، وله ركنان الركن الأول الإيجاب والقبول ، والثاني الأخذ والعطاء من غير فرق بين الأشياء اليسيرة والثمينة ، والإيجاب والقبول بالقول يحصلان بكل لفظ يدل على التملك والتسليم كبيع واستريت وأعطيت ورضيت وأسلمت لك هذا الشيء بكذا ، وبلفظ الهبة وغير ذلك من الألفاظ (١) ، وإن كان ماضياً ، أو مضارعاً يحتمل الحال والاستقبال ، كما لو قال البائع للشترى : أبيعك الآن ، فإن البيع يتم بهما من دون حاجة إلى قصد إنشاء البيع بهما ، أما إذا كان مضارعاً يحتمل الحال

---

(١) وقد ذكرنا أن التوسعة إلى هذا الحد نعتب اليها جماعة من فقهاء الإمامية .

والاستقبال ، أو كان متمحّضاً للاستقبال ، كما لو اقترن بالسبب وسوف ، فإن البيع لا يتعقد بذلك إلا إذا نوي البائع الإيجاب في الحال ، من غير فرق بين أن يكون الإيجاب والقبول بصيغة المضارع ، أو كان الإيجاب بها والقبول بصيغة الماضي .

وقال المالكية : يتعقد البيع بكل لفظ يدل على الرضا كبتعت واشتريت وغيرهما ، والفرق بين وقوعه بصيغة الماضي وبين وقوعه بغيرها ، أنه لو وقع بصيغة الماضي من البائع والمشتري يتعقد لازماً ، ولا يلحق لأحدهما الرجوع فيما أنشأه سواء كان قبل القبول من المشتري أو بعده ، وأضافوا إلى ذلك : أنه لو حلف بأنه لم يكن قاصداً بقوله بتعت إنشاء البيع لا يقبل منه ، وإذا كان بصيغة الأمر ، كما لو قال المشتري للمالك يعني هذا المتاع . فقال له البائع : بتعت . فإن البيع يتم بذلك ، ولكنه لا يكون لازماً عند أكثرهم إذا حلف المشتري بأنه لم يكن قاصداً بقوله يعني هذا المتاع الشراء .

وإذا كان الإيجاب أو القبول بصيغة المضارع ، فإن البيع لا يلزم بذلك ، وللابدئ به الرجوع بالبيع ، وبعد القبول من المشتري ليس له الرجوع إلا إذا حلف أنه لم يقصد البيع .

وقال الشافعية : إن البيع يتعقد بكل لفظ سواء كان صريحاً أو كناية ، ومثلاً لصريح بصيغة الماضي ، والكناية بالألفاظ التي تحتمل معنى آخر غير إنشاء التملك مثل أعطيتك هذا الثوب بذاك الثوب ، أو أعطيتك هذه الدابة بتلك ، فإن هذه الألفاظ كما تحتمل البيع تحتمل الإعارة ، وأضافوا إلى ذلك : أنه إذا اقترن اللفظ المحتمل بذكر الثمن كما لو قال المالك لشخص : وهبتك هذا العقار بكذا درهماً ، فإنه يقع بيعاً لأن الهبة لا تحتاج إلى ذكر الثمن ، ومن الكنایات ما لو وقع البيع بصيغة المضارع ، ويصح عندهم تقديم القبول على الإيجاب ، وإذا كان بصيغة الطلب ، كما لو قال المشتري للمالك : يعني هذه الدار . فقال له البائع :

بعتك ، فيتعقد البيع لازماً ، أما لو كان القبول بصيغة الاستقهام ، بأن قال له هل تبيني الدار ، فقال له بعتك فلا يتم العقد في مثل ذلك ، لأن الاستقهام لا يدل على إنشاء التملك .

ولم يفرق الحنابلة بين لفظ وآخر وأجازوا وقوعه بكل لفظ يدل على إنشاء التملك بنفسه أو بالواسطة ، كملكك ووليتك ، وبعتك وغير ذلك من الألفاظ التي تؤدي إنشاء المبادلة بين المالكين .

وجاء في بداية المجهود لابن رشد : ان البيع لا يصح إلا بصيغ الماضي من ألفاظ البيع والشراء ، وأضاف إلى ذلك : ان الشافعي نص على وقوع العقد بالألفاظ الصريحة والكتابات (١) .

وقال السهوي في الجزء الاول من مصادر الحق : ان الفقه الاسلامي يؤثر صيغة الماضي في العقود لانها المظهر الواضح لتعبير عن الارادة في مرحلتها النهائية ، اما صيغ المضارع والأمر والاستقبال والاستقهام فلأنها تحمل الحال والاستقبال ، ولأن الصيغة التي يتم بها العقد لا بد وان تتمحض للحال دون الاستقبال ، لذلك وجب الرجوع في هذه الصيغ إلى الظروف والملازمات فإن دلت على الحال يتم بها العقد ، ونقل عن البدائع أحد مجاميع فقه السنة : ان صيغة الماضي واث كانت أخباراً عما مضى ، إلا انها في عرف أهل اللغة والشرع تستعمل للإنشاء في الحال ، وبالنسبة إلى صيغة المضارع لا بد من قصد استعمالها في إنشاء التملك في الحال لكي يتم بها العقد ، لأن الغالب فيها استعمالها في الاستقبال ، وبالنسبة إلى صيغ الاستقهام فقد نقل عن البدائع : ان البيع لا يتعقد بها عند جميع الفقهاء ، وقد استخلص السهوي من مجموع النصوص الفقهية ثلاثة قواعد .

---

(١) انظر الفقه على المذاهب الأربعة ص ١٨٧ و ١٨٨ من الجزء الرابع ، وبداية المجتهد لابن رشد الجزء الثامن ص ١٦٩ .

الأولى : أن كل لفظ تتمخص صيغته للحال يؤخذ به ويتم به العقد ، لأن الإرادة الظاهرة فيه واضحة لا تحتاج معها إلى الإرادة الباطنة التي هي عبادة عن النية .

الثانية : كل لفظ تشمل صيغته الحال والاستقبال يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة ، لأن الإرادة الظاهرة فيه غير واضحة لاحتماله لكلا الأمرين ، وذلك كصفة المضارع .

الثالثة : فيما لو كان اللفظ متمحضاً للاستقبال كصيغ الأمر والاستقبال فلا يعتمد به البيع ، ويؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة لوضوحها ، ومن هذه الأمور الثلاثة نتج ، أن المبدأ العام المتبع هو الأخذ بالإرادة الظاهرة ، ونعني بها ما يستفاد صراحة من اللفظ ، وهذه الإرادة الظاهرة أن لم تشمل غير الحال يتم بها العقد ، كما في صيغ الماضي ، وإن لم تشمل غير الاستقبال لا تصلح لتكوين العقد ، وإن كانت صالحة للأمرين لا بد من الرجوع إلى نية المتكلم ، وهي الإرادة الباطنة المعنية لمراده ، فإذا تبين لنا أنه قصد بها إنشاء التمليك يتم بها العقد وإلا فلا (١) ، ومضى السهوي يستعرض النصوص الفقهية في مجاميع السنة لينتزع منها المبدأ الذي أشار إليه ، ووقف مع فتح القدير شرح الهداية ، حيث نص على أن صيغة العقد مهما كانت لا يتم بها العقد إلا مع الإرادة من غير فرق بين بعث وأبيع ، فإذا انضمت إليها نية الانشاء في الحال يتم بها العقد ، كما يتم بصيغة الاستقبال إذا قصد بها البائع الإيجاب في الحال ، وقد استفاد السهوي من هذا النص أن شارح الهداية قد تخطى عناية الفقهاء باللفاظ واعتمد على نية الباطنة التي هي عبارة عن إرادة المتعاقدين ، لأنه لم يفرق بين الماضي وغيره من الصيغ التي يغلب فيها الاستعمال في الاستقبال ، مع العلم بأن الفقهاء يفتقون عند الصيغ في العقود ، وينتزعون منها الإرادة الظاهرة ، التي هي عبارة عن المعنى الموضوع له اللفظ على حد تعبيره ، وإذا صدر اللفظ من المتعاقدين وكان دالاً على الحال ،

---

(١) انظر معاصر الحق الجزء الأول ص ٨٩ و ٩٠ .

يكشف عن قصدهما لإرادة النقل والانتقال من انشاء العقد به . وبعد ان استعرض السنهوري آراء الفقهاء ونصوصهم الفقهية انتهى إلى النتيجة التالية .

وهي ان صيغة الأمر ينعقد بها العقد عند الامة الثلاثة ماعدا أبا حنيفة ، وصيغة الماضي يتم بها عقد الجميع بلا خلاف في ذلك من أحد ، وصيغة المضارع يجب اقترانها بالنية لاتمام العقد ، ولا ينعقد بصيغة الاستفهام ، ولا بصيغة الاستقبال ، وأضاف إلى ذلك ان التتقين المدني العراقي في المادة ٧٧ قد أخذ بهذه النتيجة .

وقد رجح الدكتور محمد يوسف انعقاد العقد بطرفيه الايجاب والقبول بكل لفظ يدل على ارادة المتعاقدين ، وبأي لغة كانت تلك الألفاظ ، ونسب إلى المالكية والحنابلة والشوافع الوقوف عند الألفاظ المشتقة من مادتي نكح وزوج في عقد النكاح نظراً لأن فيه معنى العبادة ، ولأن هاتين المادتين نص عليها القرآن الكريم في سورة النساء والاحزاب (١) .

وأورد عليهم ان هذه النظرة من أولئك الفقهاء مادية شكلية ضيقة ، فليس لنا ان نعتد بها وبخاصة ان من مميزات الفقه الاسلامي عدم الشكلية بصفة عامة ، واستطرد يقول : ان الأصل في العقود ومنها عقد الزواج قيامها على تراضي الطرفين ، هذا التراضي الذي يدل عليه التعبير الصحيح الواضح على ارادة كل منهما ، ومن المخرج الذي لا وجه له من الحق تقييد طرفي عقد الزواج باستعمال ألفاظ من مادة معينة للتعبير عما يريدان ، ما دامت بجانب هذه الألفاظ ألفاظ أخرى تدل على مرادها .

ونسب إلى الأحناف انهم يميزون انعقاد عقد الزواج بلفظ التزويج والنكاح

---

(١) قال في سورة النساء : ولا تتكسروا ما نكح آبائكم من النساء الا ما قد سلت . وفي سورة الاحزاب : فلا تخفى ريد منها وطراً ووجبتاها لكي لا يكون على المؤمنين حرج في الزواج ادعيائهم .

وغيرهما مما يشق من هاتين المادتين وبكل لفظ آخر وضع لتمليك العين في الحال كاللفظ الهبة والصدقة والعطية والبيع والشراء بشرط نية أو قرينة تعين ان المراد هو الزواج ، وبشرط فهم الشهود والمقصود (١) .

وقال العراقي في الفردق : ان النكاح ينعقد بكل لفظ يقتضي التمليك على التأييد كالنكاح والتزويج والتمليك والبيع والهبة ، وادعي ان الاصحاب يقولون : انه ان قصد بلفظ الاباحة النكاح صح ويضمن المهر ، ويكفي ان يقول الزوج بعد ذلك قبلت ، ولو قال شخص لآخر زوجتي ، فقال له : فعلت . فقال ذلك الشخص : لا أرى . لزمه النكاح ، لاجتماع جزئي العقد ، ولأن السؤال رضا بحسب العادة ، واستطرد العراقي يقول : ان أبا حنيفة جوزه بكل لفظ يقتضي التمليك على التأييد ، وجوزه مالك بكل لفظ يفهم منه المتكاحان مقصودهما (٢) .

وإذا كان قيام العقود على التراضي سواء في ذلك النكاح وغيره كما بدى محمد يوسف موسى والعراقي في الفردق ، وان تليد عقد النكاح بالفاظ معينة خرج وخالف الحق على حد تعبير الدكتور محمد يوسف ، فمن اللازم الاكتفاء بكل ما يدل على التراضي قولاً كان أم فعلاً كالفس والتقبيل ونحوهما ، ولو جاز لنا ان نتعدى مما جاء في القرآن من ألفاظ العقد وما ورد في السنة الكريمة وجرى عليه سيرة المسلمين والعرف ، لو جاز لنا ان نتعدى عن كل ذلك إلى لفظ الهبة والعطية في انشاء النكاح ، لم يبق ما يمنع من الاكتفاء بالأفعال التي تدل على تراضي الطرفين بالزواج ، كما يجوز الاعتماد عليها في البيع والشراء عند القائلين بكفاية التعاطي فيها ، ولا أحسب ان فقيهاً يعتمد في فقهه على كتاب الله وسنة نبيه يلتزم بذلك .

(١) انظر المدخل لمعرفة نظام المعاملات عن حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٢ ص ٢٧٥ و ٢٧٦ .

(٢) انظر الفروق للعراقي الجزء الثالث ص ١٤٣ ، وجاء في احكام القرآن للجصاص المجلد الثاني ما يؤكد ان الاختاف اجازوه بكل لفظ قياساً على جوازه للنبي (ص) فيما لو وهبت له امرأة نفسها كما جاء في الآية : وامرأة مؤمنة وهبت نفسها للنبي ، انظر ص ٤٥١ .

## التعبير عن الإرادة بغير اللفظ

١٢

لقد ذكرنا ان العقد لا يتم إلا بعد توجه ارادة المتعاقدين لانشائه وبرايمه ،  
وقلنا ان هذه الإرادة كغيرها من الامور الخفية التي لا بد لها من مظهر ، وان  
الألفاظ من أقوى الوسائل الكاشفة عن خفايا النفوس ، وقد استعرضنا الجانب  
المهم من النصوص الفقهية فيما يعود إلى الألفاظ التي تتم بها العقود ، والسؤال  
الآن ، هو ان التعبير عن الإرادة لا يكون بغير الألفاظ ، أو انه يحصل بغيرها  
كالإشارة والكتابة ، والتعاطي من الطرفين ونحو ذلك من الوسائل التي تكشف  
عن ارادة المتعاقدين ولو بواسطة القرائن والملابسات المحيطة بالمتعاقدين .

وبتعبير آخر هل الفقه يقف عند الألفاظ في ابرام العقود ، أو انه يتخطاها مع  
العجز عنها إلى الإشارة والكتابة والتعاطي كغيره من القوانين المدنية التي تنص  
على ان التعبير عن الإرادة يتم بكل واحد من هذه الامور الثلاثة حتى مع تمكن  
المتعاقدين من استعمال الألفاظ لهذه الغاية (١) .

وهنا يختلف نظر الشرعيين وبخاصة الجعفرين منهم عن المدنيين ، حيث ان

---

(١) تنص المادة ٩٠ من القانون المدني الجديد على ان التعبير عن الإرادة يكون باللفظ  
والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون بإتخاذ المتعاقدين موقفاً لا تدع ظروفي الحال شكاً  
في دلالاته على حقيقة المقصود انظر نظرية العقد لسليمان مرقس ، والمدخل لنظام المعاملات  
في الفقه الإسلامي ص ٣٢٩ .

المجوزين لاستعمال الإشارة والكتابة في العقود ، لما يكتفون بها بعد العجز عن الألفاظ ، اما مع التمكن من استعمال الألفاظ فلم يذهب أحد إلى الإكتفاء بالإشارة والكتابة في انشاء العقود .

وقد نسب وحيد الدين سوار في كتابه التعبير عن الإرادة إلى المالكية والحنابلة الإكتفاء بالإشارة والكتابة حتى مع تمكن المتعاقدين من استعمال الألفاظ ، ونقل عن حاشية النسوقى على الشرح الكبير للدرديري انه قال : وينعقد العقد بما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما ، ولا خلاف بين الجعفرين في ان الإكتفاء بالإشارة ونحوهما لما هو بعد العجز عن النطق .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في مكاسبه : « ان اعتبار الألفاظ في البيع وجميع العقود بما نقل عليه الاجماع ، وتحققت فيه الشهرة العظيمة مع الإشارة اليه في بعض النصوص ، ولكن هذا يختص بصورة القدرة ، اما مع العجز منها كالأخرس مثلاً فع عدم القدرة على التوكيل لا اشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ وقيام الإشارة مقامه ، وكذا مع القدرة لإحالة عدم وجوبه كما قيل . وأضاف إلى ذلك ان النصوص قد دلت على صحة الطلاق من الآخرس ، وهي بإطلاقها تشمل صورة تمكنه من توكيل غيره في إيقاع صيغة الطلاق ، والنصوص التي أشرفنا إليها وان زهدت في الطلاق ، إلا ان ترخيص الشارع بإيقاع الطلاق من الآخرس بالإشارة هذا الترخيص مع احتياط الشارع وتشدده في الأعراض أكثر من أي شيء كان ، يدل على صحة بيعه وجميع عقوده حتى مع تمكنه من توكيل الغير .

وقال في منية الطالب : وكيف كان فواء قلنا بأن الفعل ليس مصداقاً لعنوان العقد ، أو قلنا بأنه مصداق له ، ولكن الاجماع قام على اعتبار اللفظ في لزوم ، فالإشارة من الآخرس تقوم مقام اللفظ ، وان لم تقع مقام معاطاته أي



أخذه وإعطاه ، وذلك لأن اشارة الآخرس وان كانت من جهة أفعاله ، إلا ان قصور الفعل عن كونه ايجاداً لعنوان العقد ، إنما هو في غير اشارته ، فان اشارته لا تقتصر عن قول غيره لا سيما عند من يفهم مقاصده الكلية والامور الغير المحسوسة ، ووجع كفاية الاشارة من الآخرس حتى مع تمكنه من توكيل غيره اعتماداً على النصوص إذا كانت مفهومة ووقعت بقصد انشاء المعاملة :

وكما يتم العقد بالإشارة يتم بالكتابة أيضاً إذا لم يتمكن من انشاء العقد باللفظ والاشارة وقد اعتمد الفقهاء في ذلك على بعض النصوص التي تشير إلى الاكتفاء بالكتابة من الآخرس . ففي رواية أبي نصر البزنطي : انه سأل أبا الحسن علي بن موسى الرضا (ع) عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلم ، قال (ع) آخرس هو ؟ قلت نعم ويعلم منه يقض لإمرأته وكراهة لها ، أيجوز ان يطلق منه وليه ؟ قال لا ، ولكن يكتبه ويشهد على ذلك .

وروى أبو حمزة الثمالي عن أبي جعفر الباقر (ع) انه سأل عن رجل قال لرجل اكتب لي امرأتى بطلاقها وإلى عبيدي بعته ، قال (ع) : لا يكون ذلك طلاقاً ولا اعتقاً حتى ينطق به لسانه أو بخطه بيده .

وكفاية الكتابة في الطلاق يدل على الاكتفاء بها في غيره من العقود بالأولوية ، لأن المعلوم من حال الشارع انه احتاط في الاعراض وتشدد فيها أكثر من كل شيء .

ويبدو من النصوص الفقهية ان بعض الفقهاء يرجع الاشارة على الكتابة مع التمكن منها ، ومن هؤلاء الشيخ الانصاري بحجة انها أصرح من الكتابة في التعبير عن ارادة المتماقذين ، بينما يرجع غيره الكتابة مع التمكن من الاشارة اعتماداً على النصين اللذين نقلناهما عن البزنطي والثمالي ، ومن بين هؤلاء العلامة

## الحكمى في كتبه الثلاثة التحرير والدروس ونهاية الاحكام (١) .

ويظهر من الجواهر الاكتفاء بها باعتبارها من مصاديق الاشارة لا فرداً مقابلاً لها ، وقد تفرد وحده بهذا الرأي لأن الفقهاء بين من يرى انها مقدمة على الاشارة ، وبين من يرى ان الاكتفاء بها إنما هو بعد العجز عن انشاء العقد بالإشارة ، وبين من تردد في صحة استعمالها في العقود على جميع التقدير ، واحتج لذلك بأن الكتابة ليست مصداقاً في العرف والعادة لعنوان عقد أو ايقاع ، لذلك لا تصلح لأن تكون آلة لإنشاء النقل والانتقال المقصودين من المعاملة ، ولازم ذلك ان الفعل أو الانشاء إذا لم يكن مصداقاً لعنوان من عناوين العقود والايقاعات بنظر العرف وفي عرائد الناس ، هذا الفعل إذا أتى به المتعاقدان بقصد ايجاد تلك العناوين التي هي موضوع للأثر الشرعي والعرفي كالبيع والاجارة والنكاح ونحو ذلك ، فقصده انشاء العقد به والحالة هذه لا يكفي في تكوين العقد إلا إذا كانت بنظر العرف من مصاديق العقود ، وعليه يكون الاكتفاء بالكتابة في الطلاق لأجل النص ، وليس لنا ان نتخذ من ذلك مبدأ عاماً يسري في كل مورد لا يتمكن معه الانسان من التعبير عن مقصوده باللفاظ ، نعم لو كانت الكتابة من جملة الوسائل التي تتم بها العقود بنظر العرف والعوائد المتبعة ، تكون النصوص التي نصت على الاكتفاء بها في الطلاق والوصية اقراراً لما هو المتبع المتعارف بين الناس ، لا تأسيساً واختراعاً لأمر مستحدث لم يعرف عنه الناس شيئاً ، ومعنى ذلك ان النصوص التي أشارت إلى كفاية الطلاق بالكتابة لم تكنف بها تعبداً او خصوصية في الطلاق ، بل لأجل ان الكتابة مع العجز عن النطق يصح الإعتماد عليها في مقام التعبير عن ارادة المتعاقدين بنظر العرف ، ولو كانت أصرح من الاشارة وأقوى دلالة منها تكون لها الأفضلية عليها (٢) .

---

(١) انظر الجواهر للشيخ محمد حسن التيجاني ، والمكاسب للشيخ مرتضى الانصاري ، ومنية الطالب للحنوفاري .

(٢) انظر منية الطالب ص ١٠٣ و ١٠٤ .

ومن ذلك تبين ان ما نسبته الدكتور وحيد الدين سوار إلى الامامية من انهم يرون الكتابة والاشارة من العاجز عن النطق في عرض واحد هذه النسبة لا واقع لها ، ذلك لأن فقهاء الامامية بعد ان أقرأوا مبدأ الاكتفاء بجميع الرسائل التي تعبر عن ارادة المتعاقدين العاجزين عن النطق في انشاء العقود ، بعد ان أقرأوا ذلك انقسموا إلى فئتين احدها ترجع الاشارة على الكتابة ، والثانية ترجع الكتابة عليها تمثيلاً مع النصوص المروية عن الائمة (ع) في الاكتفاء بها في الطلاق والعقود كما ذكرنا ، وقد اعتمد المؤلف في هذه النسبة على ما جاء في الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي ، والموجود فيها لا يعبر عن رأيه النهائي في هذه المسألة ، على ان رأي الواحد او الاكثر لا يعبر عن رأي الامامية في أي واقعة من الوقائع ، ولا تصح نسبة رأي اليهم إلا إذا كان ضرورياً ، أو مجمعاً عليه ، أو مشهوراً عند الأكثرية الغالبة من فقهاء المتقدمين والمتأخرين ، اما نسبة الرأي إلى الامامية لمجرد ان فقيهاً واحداً أو أكثر قد تبناه أو رجحه على غيره ، فذلك من الأغلاط ، لأن فقهاء الامامية في كل عصر يتخطون حدود المئات ولكل واحد منهم ان يجتهد ويحكم بما يستوحيه من أدلة التشريع ، فلو اتفق عشرة من الفقهاء على حكم واقعة من الوقائع وخالف الباقيون لا يصح نسبة الحكم إلى الامامية لمجرد اتفاق العشرة أو الاكثر عليه ، ما دام الخلاف واقعاً من طرف الباقيين . وقد وقع وحيد الدين سوار في كتابه التعبير عن الارادة في هذا الخطأ أكثر من مرة ، كما ستنبه على ذلك في خلال المباحث الآتية .

ولعل السبب الذي أوقعه هو وغيره في هذا النوع من الخطأ يعود إلى الأمرين التاليين :

الاول : عدم تعرضهم على فقه الشيعة واستقصاء آراء فقهاء المنتشرة في أكثر المجاميع والموسوعات الفقهية .

الثاني : جهلهم بطريقة الامامية في استنباط الأحكام ، وبالصلاحيات التي يتمتع

بها الفقيه الشيعي ، وقد استقصينا هذين المبحثين في كتابنا المبادئ العامة للفقه الجعفري (١) ونشير هنا إلى ما فصلناه في الكتاب المذكور بصورة مجملة .

ان المجتهد الشيعي يعتمد في معرفة الاحكام على كتاب الله وسنة رسوله التي رواها الثقة من المسلمين وعلى الروايات عن ائمة الشيعة باعتبارها تمثل أقوال الرسول وآله (ص) وأفعاله ، كما يعتمد على الاجماع باعتباره أيضاً يشمل على الحجة الشرعية ، ويعتمد بالإضافة إلى ذلك على العقل وعلى الاصول والقواعد العامة التي أرجع إليها الشارع في موارد تعذر الوصول إلى النص الكافي لاستخراج الحكم ، وله ان يحكم بما يستنبطه من هذه الأدلة حتى ولو خالف أكثر الفقهاء ، وان يتخطى آراءهم جميعاً عندما تحصل له القناعة الكافية من تلك الأدلة ، وهذا النوع من الصلاحية التي يتمتع بها الفقيه الشيعي من فوائد فتح باب الاجتهاد الذي لا يزال مفتوحاً من أقدم العصور لتشريع الاسلامي .

ومها كان الحال فالآراء في الاشارة والكتابة عند الجعفرين إذا اعتبرنا ما ذكره في الجواهر رأياً له لا تعدى الآراء التالية :

الاول : تقديم الاشارة على الكتابة كما رجع ذلك أكثر الفقهاء .

الثاني : تقديم الكتابة عليها ورجحه جماعة من الفقهاء اعتماداً على النصوص التي تعرضت لطلاق الاخرس ، ويدعي وحيد الدين سوار : انه الرأي المتبع عند الأحناف ، وان القوانين الحديثة قد انجبت إلى الاخذ به ، كما أخذ به قانون الاحوال الشخصية السوري ، فلقد جاء فيه : يصح الايجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة ان كان يكتب ، ولألا فإشارته المعلومة ، ويقع الطلاق باللفظ والكتابة ، ومن العاجز عنها بإشارته المهمة (٢) .

---

(١) من منشورات دار النشر للجامعيين خلال سنة ١٩٦٣ .

(٢) المصدر السابق ١١٨ .

الثالث : مساواة الإشارة للكتابة بإخبار أنها مصداق لها كما رجع ذلك في الجواهر والمراد من الكتابة التي يتم بها العقد : ان يكتب البائع صيغة العقد بقصد انشاء المبادأة بين المالكين في الحال ، وعندما تم الكتابة ينشئ المشتري القبول باللفظ ان كان متمكناً من استعمال الالفاظ ، وإلا فبالإشارة أو الكتابة ، ولم يتعرض الفقهاء الجعفيون لانشاء العقود بالمراسة ، كما لو حل المالك صيغة العقد لشخص بقصد انشاء النقل على ان يوصلها إلى المشتري ، بأن قال له : اذهب إلى فلان ، وقل له اني قد بعثك عساري أو داري بكذا وعندما يبلغ الرسول الرسالة إلى المشتري ينشأ هو بدوره القبول ، فيتم العقد بينها بهذه الصورة ، لم يتعرض الفقهاء الجعفيون لانشاء العقد بالمراسة على هذا النحو ، ذلك لأن العرف لا يرى هذا النوع من الانشاء مصداقاً لعنوان العقد ، بالإضافة إلى انه لا بد من اتحاد مجلس العقد في مقام انشاء المبادأة والمعاوضة بين الطرفين ، والبائع قد انشأ الايجاب حينما قال للرسول اذهب إلى فلان وقل له قد بعثك داري ، فإذا حمل الرسول هذه الرسالة إلى بلد آخر ، أو مجلس آخر وبلغها لصاحبها ، يتعدد مجلس العقد ، بمعنى ان الايجاب يكون في مجلس والقبول في مجلس آخر ، ويدعمه القانون بصحة التعاقد بهذه الطريقة ، ان الرسول ينقل الايجاب مادياً إلى مجلس القبول ، فيكون الايجاب والقبول حاصلين في مجلس واحد (١) .

ولم يفرق التشريع المدني بين وسيلة وأخرى من وسائل التعبير عن الإرادة ، فالإشارة والكتابة وغيرهما من الأفعال تقوم مقام الالفاظ حتى مع التمكن منها .

قال السنهوري في كتابه الوسيط : المادة ٩٠ التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون بانفاذ موقف لا تدخ ظروف الحال

---

(١) انظر مصادر الحق للسنهوري ص ١٠١ ، وهو من الأغلاط الواضحة ، فان الموجب يحصل منه الايجاب بقوله الرسول قل لفلان قد بعثته عساري بكذا ، وليس الرسول ايجاباً ونقل لا وقع من غيره ، ولو افترضنا ان انشاء المعاملة يحصل من قول الرسول ، تكون من مصاديق الرخصة .

شكاً في دلالة على حقيقة المقصود ، وأضاف إلى ذلك : ان التعبير عن الإرادة يكون صريحاً إذا كان المظهر الذي اتخذته كلاماً ، أو كتابة أو إشارة ونحو ذلك مما يكون موضوعاً بذاته لكشف عن الإرادة حسب المؤلف بين الناس ، فالتعبير الصريح يكون بالكلام ، وألفاظ العقد قد يؤديها اللسان مباشرة ، وقد يؤديها بالواسطة كالتحاطبة التلفونية ، وكإيفاد رسول لا يكون فائياً عنه .

وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة في أي شكل من أشكالها عرفية كانت أو رسمية ، في شكل سند أو كتابة ، أو نشرة إعلان موقع عليها أو غير موقع ، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة ، واستطرد يقول : ويكون التعبير الصريح بالإشارة المتداوله عرفاً ، فإشارة الآخر غير المبهمة تعبیر صريح عن إرادته ، وأي إشارة من غير الآخر توضع الناس على ان لها معنى خاصاً تكون تعبيراً صريحاً عن الإرادة ، كهنز الرأس مودياً دلالة على القبول ، وهزه أفقياً أو هز الكتف دلالة على الرفض ، ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود ، فعرض التاجر بضاعته على الجمهور مع بيان أمانتها يعتبر إيجاباً صريحاً ، ووقوف عربات الركوب ونحوها في الاماكن المدة لذلك يعتبر إيجاباً صريحاً أيضاً .

ويكون التعبير ضمنيّاً ، إذا كان المظهر الذي اتخذته ليس في ذاته موضوعاً لكشف عن الإرادة ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون ان يفترض وجود هذه الإرادة ، مثال ذلك ان يتصرف شخص في شيء ليس له بعد ان عرض عليه ان يشتريه ، فيكون تصرفه دليلاً على انه قبل الشراء المعروض عليه من قبل المالك ، وكل مستأجر إذا بقي في العين المؤجرة بعد نهاية المدة المحددة بينها وصدور منه عمل يفهم منه انه اراد به تجديد الايجار (١) .

فالقانون لا يفرق بين اللفظ وغيره من الأقوات التي تعبر عن ارادة المتعاقدين

---

(١) انظر الرسيط ص ١٧٥ وما بعدها .

سواء كانت صريحة او ضمنية ، ولم يستثن القانون المدني من هذا المبدأ العام إلا بعض العقود الشكلية على حد تعيرون ، والمراد منها ما لا تتم بمجرد تراضي المتعاقدين ، ولا بد منها بالإضافة إلى تراضيها من اتباع شكل مخصوص كتسجيله في ورقة رسمية يدون فيها العقد ، وكما لو اتفق المتعاقدان ابتداء على ان يكون التعاقد النهائي بينهما بالكتابة ، فتكون الكتابة في مثل هذه الحالات ركناً شكلياً لا يتم العقد بدونها (١) .

وقد فرق السهوري بين الرسالة والكتابة : ان مفعول الكتابة يبقى زمنياً طويلاً ، فإذا قرئ الكتاب المتضمن للايجاب في مجلس ولم يقبل الموجه إليه ، يبقى مفعول الكتابة بنحو لو قرئ على شخص آخر يصح القبول منه ولو في مجلس آخر ، فتكون قراءة الكتاب مرة ثانية على شخص آخر بمنزلة تكرار الايجاب من البائع مباشرة ، اما بالنسبة إلى الرسالة ، فإذا لم يقبل المرسل اليه الايجاب الذي نقله الرسول إليه ينتهي مفعول الرسالة ولا يبقى لها أثر بالنسبة إلى غيره ، ووجه بعض فقهاء السنة تساويها من هذه الناحية ، وان الكتابة لا تزيد عن الايجاب الصادر من البائع مباشرة ، فكما يبطل مفعوله فيما لو رفض الطرف الآخر القبول ، كذلك يبطل مفعول الكتاب لو رفض الموجه إليه القبول (٢) .

وقد أورد السهوري بعض النصوص الفقهية التي تصرح بانقضاء البيع بالرسالة والكتابة من البائع ونقل ذلك عن البدائع ، وفتح القدير ، والدر المختار ، والشرح الكبير للمالكية وغيرها ، كما نقل عن جماعة من فقهاء السنة عدم الاكتفاء بالكتابة والرسالة في انشاء العقود مع التمكن من استعمال الالفاظ مباشرة ، وهو الرأي الشائع بين الشافعية ، وحجتهم في ذلك ان الضرورة لا تفرض الاعتماد على كتاب

(١) نفس المصدر ص ١٥١ .

(٢) انظر المدخل للدكتور محمد يوسف ص ٣٣٣ .

الغائب للتعبير عن ارادته ، ما دام باستطاعته ان يوكل من يقوم بإبرام العقد نيابة عنه .

وقال الشيرازي أحد فقهاء الشافعية : وان كتب رجل إلى آخر ببيع سلعة ، ففيه وجهان أحدهما ان البيع يتمدد بذلك لأنه موضوع ضرورة ، والثاني لا يتمدد وهو الصحيح (١) .

وقد قسموا الكتابة إلى ثلاثة أقسام ، كتابة غير مستينة ، وكتابة مستينة ، وكتابة مرسومة ، والمراد من الكتابة غير المستينة هي ما ليس له وجود بعد الانتهاء منه كالكتابة في الهواء وعلى الماء ، والرأي الشائع بينهم عدم الاكتفاء بها في تكوين العقد ، قال في البدائع : وان كتبت على الماء أو الهواء ، فذلك ليس بشيء ، ولا يقع بها الطلاق وان نوي لأن ما لا يستين به الحروف لا يسمى كتابة فكان ملغاً بالعدم .

ونسب الأستاذ علي الخفيف في كتابه فرق النكاح : إلى البكري والشعبي الاكتفاء بهذا النوع من الكتابة وحجبتها في ذلك ان الكاتب قد كتب في هذه الحالة حروف تعبيره فكان كما لو كتبها بشيء له بقاء .

والمراد من الكتابة المستينة هي ما له بقاء بعد الفراغ منه ، كالكتابة على الورق وعلى اللوح من غير ان يوجهها لشخص معين ، ومن أمثلة ذلك ما لو كتب على ورقة امرأتى طائى ، أو كتب بعت عقاري لزيد مثلاً ، وهذا النوع من الكتابة لا يكشف عن الإرادة كشفاً جازماً ولا بد من سؤال الكاتب عن نيته في مثل ذلك ، فإن قال اني نويت الطلاق أو البيع بلعانها وإلا فلا .

واما الكتابة المرسومة فهي الرسالة الموجهة لشخص معين ومعنونة إليه كأن

---

(١) التعبير عن الارادة ص ٢٠٩ .



يكتب إلى زوجته : يا فلانة أنت طالق ، أو إلى شخص خاص باسمه ، قد يمتك داري أو عقاري ، وهذا النوع من الكتابة يعبر عن الإرادة تعبيراً كاملاً ، ويجري مجرى الخطاب مشافهة ، وجاء في البدائع للكاساني حول هذا النوع من الكتابة :

وان كتب كتابة مرسومة على طريق الخطاب والرسالة مثل ان يكتب اما بعد يا فلانة انت طالق ، فيقع الطلاق بذلك ، ولو قال بأني لم أقصد به الطلاق لا يصدق في قوله . وأضاف إلى ذلك ، ان رسول الله (ص) وآله كان يبلغ مرة بالخطاب ، ومرة بالكتابة ، وثالثة بإرسال الرسل ، وذلك دليل على ان الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب (١) .

والظاهر ان محل الخلاف بينهم في جواز التعبير عن الإرادة بالكتابة هو هذا النوع منها ، وقد اعتبرها المالكية والحنابلة بمنزلة الألفاظ ، من حيث جواز الإعتاد عليها بين الحاضرين والغائبين مع تمكنها من التلفظ أو توكيل الغير بإنشاء صيغة العقد وعدمه .

ولم يكتب بها الأحناف والشافعية مع حضور المتعاقدين في مجلس واحد ، ومع تمكنها من إنشاء العقد بالصيغة ، وإذا لم يكونا مجتمعين في مجلس العقد بأن كانا غائبين ، فالرأي الشائع بين فقهاء المذاهب الأربعة جواز الاعتاد عليها في تكوين العقود حتى مع التمكن من توكيل حاضرين في إنشاء المعاملة أو النكاح ، وفي مقابل ذلك رجح بعضهم عدم الاكتفاء بها ، ومن هؤلاء الشافعي وبعض أتباعه كما ذكرنا .

وعندما نقارن بين الكتابة والإشارة من ناحية إعتاد الفقهاء عليها في تكوين العقود ، نجد ان الكتابة قد وجدت المكان الرحب الواسع بين فقهاء السنة فقد

---

(١) المصدر السابق ص ٢٠٨ و ٢٠٩ .

اكتفى بها المالكية والحنابلة حتى من القادرين على استعمال الألفاظ المجتمعين في مجلس واحد ، وبالنسبة إلى الغائبين فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى الاعتماد عليها في العقود المالية وغيرها كعقد النكاح والطلاق ونحوهما .

اما الإشارة فلم يكن لها بنظر الفقهاء السنين تلك الميزة الواسعة ، وقد أجمعوا على كتابتها في التعبير عن الإرادة من الأخرس ومن اعتقل لسانه بعد ان كانت يتكلم على شرط ان يستمر معه الحرس طيلة حياته ، ويشترط بعضهم في جواز الاعتماد على اشارته ان يحصل اليأس من شفائه ، بينما يرجع فريق منهم عدم جواز الاعتماد عليها إلا بعد مرور سنة كاملة عليه وهو بتلك الحالة ، وبالنسبة إلى الصحيح القادر على التلفظ بالصيغة ، فالمالكية والحنابلة يكتفون بإشارته في انشاء العقود ، ويؤيد ذلك ما جاء في اعلام الموقعين لابن القيم قال : فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده ، والألفاظ لم تقصد لنوانها ولما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم ، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كانت حمل بقنضه سواء كان بإشارة أو كتابة (١) .

وجاء في شرح الخطاب للمالكية : كل لفظ أو إشارة فهم منه الايجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود ، وأضاف إلى ذلك : والإشارة أولى بالجواز من المعاطاة لأنها مصداق للكلام ، قال تعالى : آيتك ان لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا . والرمز هو الإشارة (٢) .

والرأي الثاني للأحناف والشافعية ، وهو عدم الاكتفاء بالإشارة مع التمكن من الألفاظ ، وجاء في الاشباه والنظائر لابن نجيم : وان لم يكن معتقل اللسان لا تعتبر إشارته ، ونص في البدائع ، ان من حلف ان لا يتكلم بسر فلائ ولا

---

(١) انظر اعلام الموقعين ج ١ ص ١٨٩ .

(٢) انظر التمييز عن الإرادة ص ٢٢٢ .

بمكانه ، فكتب أو أشار لا يبحث لأن الكتابة والإشارة ليست بكلام ، وقد ذكرنا سابقاً أن الشاخص لم يكتب بوقوع العقد من القائين بالكتابة ، والإشارة أولى بعدم الاكتفاء بها في حال اجتماع المتعاقدين وتمكنها من إنشاء العقد بالصيغة المتعارفة في العقود والمواضات (١) .

\*  
\* \*

---

(١) انظر مصادر الحق ج - ١ للسهرودي ص ١٠٦ و ١٠٧ .

## التعبير عن الإرادة بالتعاطي من الطرفين

١٣

لقد ذكرنا ان الألفاظ هي الوسيلة الأولى المفضة في مقام التعبير عن إرادة المتعاقدين، وان غيرها من الوسائل كالكتابة والاشارة والرسالة والقرائن الكاشفة عن رغبة المتعاقدين، والاقدام على عمل لا يمكن تفسيره إلا بإقتراض قصد المبادلة بين المالين منه ، وأشرنا إلى آراء الشرعيين والمدنيين في الموارد التي يجوز فيها استعمال هذه الوسائل ، والمقصود بالتعاطي من الطرفين الذي تحدث عنه الفقهاء بعنوان المعاوضة، هو إنشاء العقد بالمبادلة بين المالين بأن يسلم البائع العين إلى الطرف الآخر ويستلم منه عوض المقابل لها بقصد إنشاء التملك من الطرفين في الحال بنحو يكون التسليم والتسلم الحاصلين منها بمنزلة الإيجاب والقبول اللفظيين ، وقد اختلفت آراء الفقهاء في تكوين العقود بالأخذ والاعطاء من الطرفين بقصد الانشاء والتمليك أشد الاختلاف واحتلت هذه المسألة مكاناً واسعاً في كتب الفقهاء الاسلاميين على اختلاف مذاهبهم ، وبحسب الجعفرين مفصلاً بجميع فروضها وأقسامها ، والخلاف بين الفقهاء في كفاية التعاطي لانشاء العقود يرجع إلى ان الألفاظ التي اعتاد الناس على استعمالها في عقودهم ومعاملاتهم ونص الفقهاء عليها في مجاميعهم الفقهية باعتبارها من الشروط التي يجب ان تتوفر في العقود، هذه الألفاظ هل هي بنظر الشارع من شروط لإتمام العقود ولزومها على المتعاقدين ، بعد فرض ان العقد يتم بها وبغيرها من الأفعال التي يقصد منها انشاء التملك والمبادلة بين المالين ؟ أو انها من شروط صحة العقد بنحو لا يقع العقد بدونها ملكاً للبائع ولا

للمشتري ، ولو افترضنا ذلك فلو أنشأ الطرفان المعاملة بالتعاطي ، فهل يكون هذا العمل فاسداً لا يترتب عليه أي أثر من الآثار ، أو أنه يفقد ميزة العقود الملكية ، وينتج منه إباحة التصرف لكل من الطرفين فيما استلمه من الآخر ؟ هذه الأسئلة لقد أجاب الفقهاء عنها ، ولكنهم لم يلتقوا في أجوبتهم على حل واحد والمتحصل من مجموع آرائهم حول هذه المسألة ينتهي إلى الحلول التالية :

الأول : افادتها الملك ولزوم العقد بالتعاطي المقصود به إنشاء المبادلة بين المالكين ، ولزوم ذلك ، ان الالفاظ ليست وحدها الوسيلة إلى إبرام العقود بيعاً كانت أو غيرها ، فكل ما يكشف عن إرادة المتعاقدين قولاً كان أم فعلاً يتم به العقد وهو المنسوب إلى الشيخ المفيد أحد أعلام الامامية في القرن الرابع الهجري (١) .

الثاني : ان الالفاظ المتعارفة في إنشاء العقود من شرائط لزوم العقد ، اما التمليك المقصود بالمعاوضة فيتم بكل ما يدل على إنشاء التمليك والتملك ، من غير فرق بين الافعال والاقوال ، وقد رجح هذا الرأي وتبناه جماعة من مشاهير فقهاء الشيعة منهم المحقق الكركي في المجلد الثاني من جامع المقاصد ، والنص الفقهي الذي يشير إلى هذا الرأي هو النص التالي :

المعروف بين الاصحاب انها أي المعاوضة بيع ، وان لم تكن كالعقد في اللزوم ، خلافاً لظاهر عبارة المفيد ، ولا يقول أحد من الاصحاب بأنها بيع فاسد سوى المصنف في النهاية (٢) ، وقد رجح عنه في كتبه التي ألفها بعد (النهاية) ، وأضاف

---

(١) وقد توفي في مطلع القرن الخامس سنة ٤١١ هجرية .

(٢) وهو العلامة الحلي أحد فقهاء الشيعة في القرن الثامن الهجري سنة ٧٢٦ ، وهو من اعيان فقهاء الامامية في مطلع القرن الثامن وقد ترك في الفقه والاصول والفلسفة وغير ذلك من المؤلفات التي تدل على سمة علمه وعمق تفكيره مجموعة من المؤلفات لا تزال تنظر العلماء والباحثين من أبرز الافكار الاسلامية .

لمى ذلك ان قوله تعالى : أحل الله البيع يتناول المعاوضة لانها بيع بالاتفاق حتى من الثاقلين بفسادها ، لانها عديم بيع فاسد ، وقوله تعالى : إلا ان تكون تجارة عن تراض يشلها وغيرها إلا ما أخرجه الدليل من هذا العموم ، واستطرد يقول : وما يوجد في عبارة جمع من متأخري الاصحاب من انها تفيد الاباحة وتلزم بذهاب أحد العينين يريدون به عدم الزوم في أول الامر ، لامتناع لإرادة الاباحة المجردة من اصل الملك ، ومقصود المتعاطين ، هو التملك ، فاذا لم يحصل الملك بالتعاطي مع هذا القصد لا بد وان تكون فاسدة لبقاء كل من العوضين على ملك صاحبه ، ولازم ذلك عدم جواز التصرف في العوضين موضوع التعاطي لغير المالك الاول ، على ان الإباحة التي يدعيها أنصار هذا القول في مقابل الملك ، فكيف تتحقق ملكية شخص لمال شخص آخر لجرّد تلف ماله في بد الآخر (١) والمتحصل من ذلك : ان الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد صريحة كالألفاظ لم تؤثر أثر الألفاظ الصريحة التي تلزم المتعاقدين بالتزام به ، اما الملك فيكفي في حصوله قصد التملك الحاصل من انشاء الطرفين بالأخذ والاعطاء ، وحيث انها تفيد الملك الجائز فيجوز لكل من الطرفين ان يسترجع ماله للطرف الآخر ما دام استرجاعه ممكناً .

الثالث : ان انشاء البيع بالتعاطي لا ينتج منه إلا الاباحة المطلقة لجميع التصرفات بالعوضين حتى التي لا تسوغ لغير المالك كوطئ الجارية ورمي العين المقبوضة بالتعاطي وهبتها ونحو ذلك ، وهذا الرأي ليس بأقل شيوعاً وانتشاراً بين الفقهاء من الرأي السابق ، ومع ذلك فقد تعرض للنقد من جهتين ، الأولى ان القصد لا بد من مراعاته في العقود ، وإذا قصد المتعاطيان التملك وقلنا بكفاية

---

(١) الحق الكركي ، هو الشيخ عبد المال الكركي ، هاجر الى ايران وانتهت اليه الزعامة الدينية في عهد الحكام الصفويين ، ومن أبرز مؤلفاته في الفقه كتابه جامع المقاصد في مجلدين وكانت وفاته في ايران سنة ٩٣٧ هجرية ، وجاء في الكنى والألقاب للشيخ عباس القمي انت وفاته كانت سنة ٩٤٠ هجرية في مدينة مشهد من بلاد ايران .

ذلك في انشاء العقود لا بد من حصول المقصود لها وهو التمليك، فحصول الإباحة المجردة عن الملك بالتعاطي المقصود به التمليك كما يدعي أنصار هذا الرأي يلزمه عدم الاعتماد بقصد المتعاقدين وإن قلنا بعد كفاية التعاطي في انشاء العقود لزم أن لا يترب عليها أي أثر من الآثار مهما كان نوعها كما هو الحال في جميع العقود الفاسدة .

الثانية : أن إباحة جميع التصرفات لكل منها بما حصل في يده ، هذه التصرفات من آثار الملكية ، والمفروض أن المعاطاة لا تفيد الملك ، فلا بد من سبب غيرها لإباحة تلك التصرفات التي لا تصح لغير المالكين ، وقد اعتذر عنهم الكركي بأن الإباحة التي يدعونها عبارة عن الملك الجائز ، كما اعتذر عنهم الشيخ صاحب الجواهر بأنهم يقولون بأنها تفيد الإباحة فيما لو قصد المتعاطيان الإباحة دون التمليك .

ولقد بالغ مؤلف كلشف الغطاء في الكتاب المذكور في الإنكار على من نسب هذا الرأي إلى الكثرة من العلماء ، وادعى أن القول بذلك لا يجوز أن ينسب إلى أصاغر الطلاب فضلاً عن مثل هؤلاء العلماء ، وبعد أن هاجم هذا الرأي من جهات متعددة ، اختار كفاية التعاطي في حصول التمليك لكل من المتعاطين ، وأيد ذلك بالسيرة الجارية بين الناس على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الأملاك وترتيب آثار الملك عليه كمتق العبد المقبوض بالتعاطي ووطئه الجارية ونحو ذلك من التصرفات التي لا تصح إلا من المالكين (١) .

الرابع : أن المعاطاة لا تفيد أكثر من إباحة الإنتفاع بالعوضين ، أما التصرفات التي لا تصح إلا من المالك كالبيع والشراء والإتلاف وعقو العبد ونحو

---

(١) هو أحد فقهاء الشيعة في القرن الثاني عشر الهجري وبعد أن ألف كتابه المحقق بكشف الغطاء أصبح اسم الكتاب علماً عليه وعلى من تناسل فيه إلى اليوم ، وقد ولد سنة ١٦٥٦ هجرية وكتابه « كشف الغطاء » يدل على عظمته وسعة اطلاعه وعمق تفكيره .

ذلك فالمعاطاة لا تكفي لجوازها ، ولم ينسب هذا الرأي لغير الشهيد ، والشيخ الطوسي في المبسوط ومن مجموع ذلك تبين ان أكثر الآراء شيوعاً وانتشاراً بين الفقهاء الجعفرين القول بافادتها الملك الجائز ، وافادتها ابلحة جميع التصرفات ، وقد ذكرنا ان هذا الرأي الأخير على كثرة أنصاره كان هدفاً لهجوم عنيف من القائلين بافادتها الملك الجائز وبخاصة من الشيخ جعفر في كتابه كشف الغطاء .

وقد حاول الحونساري في تقريراته ان ينتصر اليه بما حاصله ، ان البيع عبارة عن تبديل مال بال مال ، ومرد ذلك إلى تبديل طرفي الاضافة المالكية ، وهذا النوع من التبديل بما انه ليس من الأمور الخارجية لا بد له من شيء يدل عليه ، والأفعال بنفسها قاصرة عن اداء هذا المعنى ، وإبلحة التصرفات من آثار تسليط كل من المالكين الطرف الآخر على ملكه ، وليست من آثار قصد التمليك ، لأن المعاطاة هي عبارة عن تسليم كل واحد ما له للآخر بنحو المعاوضة ، وهذا التسليط المالك يباح لكل واحد منها ان يتصرف فيها وحل إليه وان لم يكن مقصوداً بنفسه ، فاذا لم يتحقق الملك المقصود بالمعاطاة ، يبقى لكل من الطرفين الحق في التصرف لأنه معلول للتسليط المالك الحاصل بالمعاوضة بين المالكين (١) .

ووجع بعض الفقهاء ان تكون إبلاحة التصرفات المطلقة بالمعوضين قد أباحها الشارع بقصد التسهيل على الناس نظراً لكثرة التعامل بالتعاطي بدون الصيغة ، ولأزم ذلك ان المعاطاة لا تؤثر شيئاً ، ولكن انتشارها بين الناس كان سبباً للتسهيل عليهم واقراوم على ما جرت سيرتهم عليه (٢) .

وقال السيد محمد بحر العلوم في بلغة الفقيه : ان المقصود بالمعاطاة أمرار التمليك ، وإبلاحة التصرفات بمعنى ان تسليط كل من الطرفين للآخر على ما له

---

١ - انظر منية الطالب الحونساري للبحث المعاطاة .

٢ - انظر المكاسب للشيخ الانصاري .



انظر المتعاطين التمليك وإباحة التصرفات، وبما ان قصد التمليك لا يكفي في ملكية كل منها للعوض الذي انتقل إليه نظراً لأن الصيغة شرط في العقود الملكية، يبقى الأثر الثاني لوجود سببه وهو التسليط الحاصل من كل منها (١) وبهذا الحفاظ تتميز المعاطاة عن البيع الفاسد، ذلك لأن إباحة التصرفات في العين المقبوضة بالبيع الفاسد، وان كانت من آثار تسليط كل من المتعاطين للآخر على ماله، إلا ان التسليط في العقود الفاسدة من توابع الملكية المترتبة على العقد يزعم المتعاطين، فاذا لم تحصل الملكية من جهة فساد العقد لا يبقى محل لتسليط لأنه من آثارها كما هو المفروض.

ومهما كان الحال فالشهور بين المتقدمين من فقهاء الشيعة ان المعاطاة لا ينتج منها إلا إباحة التصرف في العوضين بكل أنواع التصرفات، وعند المتأخرين من الفقهاء انها تقيد الملك الجائز على حد تعييرهم ولكل واحد منها ان يسترجع ما سلمه للآخر ما دام موجوداً وقد انتصر لهذا الرأي عدد كبير من فقهاء الشيعة المبرزين كصاحب الجواهر، وصاحب بلغة الفقيه والشيخ الانصاري في مكاسبه، وشراحها السيد كاظم اليزدي والشيخ محمد حسين الاصفهاني والحونساري في منية الطالب، وغيرهم، قال الشيخ الانصاري :

وذهب جماعة من الفقهاء تبعاً للمحقق الكركي (٢) إلى حصول الملك إذا كان البيع بالتعاطي المجرد عن الألفاظ للسيرة المستمرة على معاملة الماخوذ بالمعاطاة معاملة الملك من حيث التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات التي لا تصح إلا من المالكين، كعقود العبد وبيع الأعيان موضوع التعاطي وتوريثها ونحو ذلك، ويدل عليه قوله تعالى : أحل الله البيع، حيث تدل الآية بمنطوقها على صحة كل ما يسمى بيعاً بنظر العرف، وبما لا شك فيه انها من أفراد البيع بنظر العرف

١ - انظر بلغة الفقيه في الفقه الجعفري .

٢ - أحد فقهاء الشيعة في مطلع القرن الماضي هاجر من لبنان الى ايران وتوفي بها سنة ١٢٩٤ هجرية، وقد ذكرنا لمحة عنه في بعض التلخيصات السابقة .

والمشترعة أيضاً ، واستطرد يقول ، إننا لا نحتاج إلى قوله (ص) : الناس مسطرون على أموالهم لإثبات أن المعاطاة بيع مملك ، وذلك لأن الحديث الشريف ناظر إلى جعل السلطنة للمالك على ملكه من حيث التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات التي لا تتنافى مع المبادئ الشرعية ، ولا دلالة فيه على أن تصرف المالك بماله بالتعاطي مملكا للطرف الآخر كما هو مفروض الدعوى .

وقال السيد كاظم في حاشيته على مكاسب الأنصاري : والاقوى أنه مع ذلك بيع إذا كان في مقام البيع وبقصده ، بل الاقوى أنه لازم لما سيأتي من الأدلة الدالة عليه بعد كونه بيعاً ، وأضاف إلى ذلك أن التمسكين بالشرعة كانوا ولا يزالون يمحرون على المعاطاة أحكام البيع ، ولا يفرقون بين المال المأخوذ بالمعاطاة وبين المال المأخوذ بالصيغة ، ولم يخالف بذلك أحد من فقهاء الإمامية ، على أن التردد في إفادتها للملك يرجع إلى أن العقود المملكة لا تتم إلا بالألفاظ ، وليس في النصوص الشرعية ما يضمن هذا الإدعاء ، على أن الأدلة العامة تكفي لإثبات كونها من العقود اللازمة ، ومن جملتها «أوفوا بالعقود» وهذه العمومات وحدها تكفي لصحة المعاطاة ولزومها ، وعدم اعتبار الصيغة شرطاً في صحة العقود والمعاملات .

وأقصى ما يمكن أن يستدل به على أن العقود المملكة لا تتم إلا بالصيغة الأمور التالية :

الاول : الإجماع الذي ادعاه ابن زهره (١) ، وهو من الإجماعات بخبر الواحد والتي لا تصلح دليلاً على الأحكام كما نص على ذلك أكثر علماء الإمامية (٢) .

---

١ - أحد فقهاء الإمامية في القرن السادس ، هو أبو المكارم الحمزة بن علي بن زهرة الحسيني من أفاضل فقهاء الإمامية ويتهم من البيوت المعروفة بالمعلم والفقهاء في حلب يوم كانت التشيع في تلك البلاد منتشرة بين أهلها وقد عد الشيخ عباس القمي في كتابه هدية الاحباب في الكنى والالقب جماعة من علماء بني زهرة وكانت وفاة أبو المكارم سنة ٦٨٥ هجرية ودفن في حلب .  
- انظر رسائل الشيخ مرتضى الأنصاري ، وكتابنا المبادئ العامة للفقهاء الجعفرية .

الثاني : النصوص الناهية عن بيع المتأينة والملامسة والحاصة ، وإلغاء الشارع لهذه العقود الثلاثة يوحى بأن العقود يعماً كانت أو غيرها لا تتم إلا بالصيغة ، وهذا الدليل لا يكفي أيضاً لإثبات ذلك ، لأن هذه الطرق الثلاثة كانت تستعمل عندهم لتعيين المبيع بعد انشاء البيع بالصيغة اللفظية ، وكان البائع يقول المشتري بعثك ما تقع عليه الحاصة بكذا ، أو ما لامسته ، وقد منع الشارع عن أمثال هذه المعاملات من حيث اشتغالها على الغرر الحاصل من جهالة المبيع وعدم تعيينه حين البيع ، ولم يثبت أنهم كانوا يستعملون هذه الطرق في انشاء العقود ، ولو افترضنا ذلك ، فلا يلزم من المنع عنها عدم صحة البيع بالتعاطي .

الثالث : بعض المرويات التي تعرضت لكيفية بيع المصحف وغيره من الاعيان ، وقد اشتملت على الصيغة في مقام الإيجاب ، وقد جاء في بعضها : لا تشتري كتاب الله ، ولكن اشتري الحديد والجلود ، وقل اشتري منك هذا بكذا الى غير ذلك من المرويات الموزعة في مختلف الابواب الفقهية ، ومن هذه النصوص استفاد بعض الفقهاء اعتبار اللفظ شرطاً في صحة العقد ، ولكن الذي يبدو من تلك المرويات انها بصدد بيان ما يصح التعامل عليه من الاعيان من حيث جواز وقوعه عوضاً في مقام البيع ، وليست ناظرة إلى الكيفية التي لا بد منها في صحة العقد .

الرابع : النصوص التي تصرح بأن التحليل والتحرير لا يكون بغير الكلام ، فقد روى ابن أبي عمير عن خالد بن الحجاج انه قال : قلت لأبي عبد الله الصادق (ع) الرجل يجيشني ويقول اشتري لي هذا الثوب وارجمك عليه كذا وكذا ، فقال (ع) أليس ان شاء أخذ وان شاء ترك قلت بلى ، قال لا بأس إنما مجال الكلام ويجرم الكلام ، فمن هذه الرواية وغيرها رجح بعض الفقهاء أن الكلام شرط في صحة العقد وإباحة التصرفات بالعوضين ، وعدم كفاية التعاطي في المعاوضات المملوكة ، ولكن من غير المستبعد أن يكون المراد من هذه النصوص أن الاتفاق الحاصل بين البائع والمشتري قبل شراء العين من مالكها الأول ، لا يمنع من شرائها وباعها

له بالبيع الذي اتفقا عليه ، اما لو باعها له قبل شرائها من مالكها ، هذا البيع لا يصح ، لأنه قد باع ما هو ملك لغيره ، ويكون المعنى المتحصل من هذه الرواية ونظائرهما ان الإتفاق والمقاولة بين البائع والمشتري لا تمنع من شرائها من المالك الأول ويبيعها للذي اتفق معه ، لأن الاتفاق السابق معه لم يكن بعنوان البيع ، ولو كان بعنوان البيع يكون فاسداً من حيث ان المبيع ملك لغيره والذي يؤكد هذا المعنى من الرواية ان السائل قد استعلم من الإمام (ع) عن الإتفاق الحاصل بين البائع والمشتري ، وانه هل يمنع من صحة البيع بعد شراء العين من المالك الأول أم لا ؟ والإمام (ع) قبل الجواب النهائي تأكد من السائل عن نوعية هذا الإتفاق ، وبعد ان أجابه السائل بأن المقول غير ملزم بشيء قبل شراء العين من مالكها ، بعد ان أجابه بذلك قال (ع) انما يحلل الكلام ويحرم الكلام ، والمتحصل من جوابه هو ان المقاولة الأولى لا توجب تحريم البيع لأنها ليست بيعاً ، ولو حصلت بصيغة الإيجاب والقبول تكون فاسدة ، لأنها وقعت على ملك الغير (١) .

ومن مجموع ما تقدم بين ان القول بصحة المعاوضة وافادتها الملك هو القول الشائع المشهور بين فقهاء الإمامية ، وان القول بفسادها لم ينسب إلا إلى العلامة الحلبي في كتابه نهاية الأحكام ، وقد نص الشيخ الانصاري وغيره انه قد تراجع عنه في غير ما من كتبه ، كما رجح بعضهم عدم الفرق بينها وبين العقود التي تتم بالالفاظ من حيث لزومها ووجوب الإلتزام بها ، كما بينا ، ومن بين هؤلاء الشيخ المفيد ، والسيد كاظم اليزدي ، والشيخ الانصاري ، ولكنه لم يحزم بذلك تخوفاً من الإجماع المضمون وجوده على عدم لزومها ، وحتى ان الثنائين بأنها لا تفيد سوى اباحة التصرفات بجميع أنواعها لم يدعوا بأنها من العقود الفاسدة ، بل يذهبون إلى انها معاملة قائمة بذاتها تؤثر في اباحة التصرفات لكل من الطرفين في العوض الذي انتقل إليه ، ومع ان النصوص الفقهية في كتب الإمامية صريحة بأنه لم

---

١ - انظر حاشية السيد كاظم على المكاسب .

يذهب إلى فسادها أحد من الفقهاء إلا العلامة الحلي في النهاية وتراجع عنه أخيراً ،  
 فقد نسب وحيد الدين سوار ، والسنهوري وغيرهما إلى الإمامية أنهم يقولون  
 بفساد المعاطاة ويعتزمون الالفاظ إلى حدود التقديس ، وقد اعتمدنا في نسبة هذا  
 الرأي إلى الإمامية على الجواهر ومفتاح الكرامة ، مع العلم بأن الشيخ النجفي  
 قد أكد لاكثر من مناسبة بأنها من العقود المملكة ، وهاجم الغائلين بأنها لا تليد  
 اكثر من اباحة التصرف بالموضين لكل من المتعاطين .

قال السنهوري في مصادر الحق : ومذهب الشيعة الجعفرية كذهب الشافعي لا  
 يميز التعاقد بالمعاطاة ، وأضاف إلى ذلك : وجاء في مفتاح الكرامة ، ولا بد من  
 الصيغة الدالة على الرضا الباطني ، فلا ينعقد بشيء من الكنابات كالتسليم ، وكذا  
 الحال في جانب القبول وسائر العقود ، ولا تكفي فيها المعاطاة ولا الإشارة إلا  
 مع العجز (١) .

وقال وحيد الدين سوار ناقلاً عن الجواهر : ولا يكفي مجرد الرضا في حصول  
 الملك بدون الإيجاب والقبول في الجليل والحقير لحصر الشاوع أسباب الملك في  
 العقود ، فالمعاطاة تعتبر اباحة لا غير ، ونقل عن مفتاح الكرامة ما يشير إلى ذلك ،  
 ونسب هذا الرأي إلى فقهاء الشيعة ، وأكد في خلال حديثه عن المعاطاة أن فقهاء  
 الإمامية لا يسمون التعاظمي بيعاً على سبيل الحقيقة (٢) .

والنص الفقهي الذي نقله وحيد الدين سوار عن الجواهر هو للمحقق صاحب  
 الشرائع (٣) الموسوعة الفقهية المسماة بالجواهر ، هي شرح لكتاب الشرائع ، وقد

١ - انظر مصادر الحق الجزء الاول ص ١٢٤ .

٢ - انظر التعبير عن الإرادة ص ٢٤٧ و ٢٤٨ و ٢٥١ .

٣ - أحد فقهاء الإمامية في القرن السابع الهجري وهو من اعيان فقهاء الشيعة يُوقد ألف في  
 مختلف المواضيع ، ومن ابرز ما كتبه في الفقه كتابه المعروف بسرائع الاسلام وقد اتخذه جماعة  
 من الفقهاء المتأخرين عنه اسساً لولفاتهم الفقهية ، توفي سنة ٦٧٤ .

ذكرنا ان الجفرين لم يتلقوا على رأي واحد في حكم المعاطة، وان الرأي المشهور بين فقهاءنا انها تلحق الملك ، وأن بعضهم قد بالغ وادعى عدم الفرق بينها وبين غيرها من العقود من حيث افادتها الملك اللزوم ، وإذا صح لنا ان نسب إلى الإمامية ما يعبر عن رأيهم في هذه المسألة فنسبة هذا الرأي إليهم أصدق من نسبة غيره من الآراء فيها إليهم ، لأنه هو الرأي الشائع المنتشر بين فقهاءهم ، وتؤيده الأصول والقواعد العامة التي وضعها الشارع مرجعاً في العقود وسائر أنواع المعاملات كما ذكرنا في الصفحات السابقة .

ويبدو من النصوص الفقهية ان المعاطة التي اختلفت فيها آراء الفقهاء تختص بصورة ما لو حصل التعاطي من الطرفين بقصد انشاء العقد ، فلو حصل الإعطاء من طرف البائع ولم يدفع المشتري الثمن ، فالمشهور بين الفقهاء ان هذا النوع من التعاطي لا يكفي في انشاء المعاملة ، ذلك لأن كفاية التعاطي من الطرفين في تكوين العقد من حيث ان التعاطي من الطرفين بنظر العرف والشرع من مصاديق العقد ، ولا يكفي قصد عنوان المعاملة في انشاء العقود ما لم تكن الآلة المبررة عن هذا العقد مصداقاً للعقد بنظر العرف ، فاذا حصل الإعطاء من طرف واحد فقصد البيع بتسليم العين إلى الطرف الآخر لا يجعله بيعاً ما لم تحصل المبادلة بين المالكين من الطرفين ، لأن انشاء المعاملة بالتعاطي من الطرفين يقوم مقام الإيجاب والقبول اللفظيين ، فكما لا يكفي في انشاء العقد لإيجاب البائع وحده كذلك لا يكفي إعطاء مالك العين وحده بدون تسليم الطرف الآخر عوض المقابل لها (١) .

وقد رجح الشهيد الثاني الإكتفاء بتسليم أحد الطرفين واستلام الآخر منه في انشاء البيع ، فيكون إعطاء البائع لإيجاباً منه للبيع ، وأخذ المشتري منه بقصد

١ - انظر منية الطالب للخرنساوي ص ٦٨ و ٦٩ .

المفاوضة قبلاً ويستقر الثمن في ذمته (١) ، وقد بينا ان مجرد الأخذ والإعطاء بقصد البيع لا يكفي ما لم يكن من مصاديق البيع بنظر العرف .

وهل تجري المعاوضة في غير البيع من العقود ، او تختص بالبيع ولا تكفي في غيره من أنواع العقود والمعاملات ؟ الظاهر من النصوص الفقهية الاكتفاء بها في جميع العقود ، قال العلامة الحلي في التذكرة : لا فرق بين البيع وغيره من هذه الجهة ، فاذا أمر شخص شخصاً بعمل على عوض معين فصله استحق عليه الاجرة ، ولو كانت اجارة فاسدة لا يستحق عليه شيئاً ، ولا سيما مع طه بالفساد ، ولو وهب انسان شيئاً لشخص بغير ايجاب وقبول لفظيين جاز للوهوب له أن يتصرف في العين الموهوبة بكل أنواع التصرفات (٢) وقال الشيخ مرتضى الأنصاري : والأظهر بناءً على جريان المعاوضة في البيع جريانها في غيره كالاجارة والمبة لكون الفعل مفيداً لتمليك فيها .

وقال في منية الطالب : ان الافعال لا بد وان تكون مصداقاً لعناوين العقود ليصح انشاؤها ، ومن ثم تصبح بعد الانشاء مصداقاً للعقد ، وتشملها أدلة ذلك العقد ، وبما ان الفعل يمكن وقوعه على وجوه متعددة فلا بد من القرينة المعينة لجهة الفعل الذي استعمل آلة لانشاء العقد ، فكون المعطي في مقام البيع قرينة على ان اعطائه بقصد انشاء البيع ، وهكذا لو كان في مقام القرض او المبة ، او العارية والوديعة وغير ذلك من العقود ، وليس للقرينة المعينة لجهة الفعل أي أثر في انشاء المقصود بالفعل ، وبه وحده يتم انشاء المعاملة بعد تعيين جهة الفعل

---

١ - الشهيد الثاني احد فقهاء الامامية في القرن العاشر الهجري ، وهو زين الدين بن نور الدين علي بن احمد بن محمد الجبلي ، ومولفاته في الفقه من أبرز ما ألف فيه ، وله مسالك الافهام في شرح الشرائع ، والروضه البهية في شرح الفقه المشيخي الشهيد الأول ، وكانت وفاته سنة ٩٦٥ قتل على يد الحكومة التركية ظلاً وعدواناً في القرب من القسطنطينية .

٢ - احد فقهاء الشيعة في اوائل القرن الثامن الهجري وقد أشرف الى لغة من تاريخه في الصفحات السابقة .

الصادر عن المتعاطين ، وأضاف إلى ذلك : ان المعاطاة تجري في البيع والمباة والقرض والاجارة والمارية والوديعة ، لأن الفعل اما بنفسه مصداق لأحد هذه العناوين ، او ملازم له ، فلو لم يكن اعطاء كل منها ما له للآخر بيعاً فلا أقل من كونه تسليطاً ، ومن جهة المادة والسيرة المستمرة من قصد البيع به يقع بيعاً ومن ذلك تبين ان الافعال يمكن ان تؤدي مهمة الألفاظ فيما لو كانت عنواناً للمعاملة المقصودة للمتعاطين من غير فرق بين انواع العقود وأصنافها ، أما ما لم يمكن وقوعه إلا بالألفاظ أما لأن مفهومه متقوم باللفظ كالوصية والضمان والعقود مثلاً ، وأما لأن الشارع قد جعل السبب المؤثر منحصراً في الألفاظ المحصورة كالنكاح مثلاً ، على ان انشاء النكاح بالفعل لا ينفك عن التحالفات الشرعية في الغالب (١) . ومع ان المعاطاة ليست من العقود اللازمة حتى عند اكثر القائلين بأن البيع بالتعاطي يفيد التمليك ، فقد اتفق الفقهاء على انها تلزم فيما لو تلف العوضان بأي سبب حصل التلف ، ولازم ذلك عدم الحق لكل منهما بالرجوع على الطرف الآخر بالمثل او القيمة على جميع الآراء والمذاهب فيها ، وقد حاول فريق من الفقهاء تعليل هذا الحكم بما حاصله ، انه على القول بإفادتها الملك ، فالعوض التالف يذهب من ملك مالكه ولازم القول بجواز التراجع والرجوع الى المثل او القيمة ، لازم ذلك كون الانسان ضامناً للماله ، على ان جواز التراجع كان ثابتاً للمتعاطين في استرجاع العوضين وبعد التلف لا يبقى محل لذلك ، كما وان لا مجال لاستصحاب الحق الذي كان ثابتاً لكل منهما في العوضين ، لأن حقهما كان متعلقاً باسترجاع العين ، وتلفها ينتفي الموضوع من أساسه ، ولا بد من الاستصحاب من وحدة الموضوع في القضيتين المتينة والمشكوك .

اما بناء على ان المعاطاة لا تفيد أكثر من اباحة التصرفات بجميع أنواعها فرجوع كل منها على الآخر بعد التلف بالمثل أو القيمة يتوقف على ان تكون يد كل منها على المأخوذ بالتعاطي بنهر الضمان ، وبناء على ان المعاطاة لا تفيد

١ - انظر منية الطالب ص ٨٠ والمكاسب وغيرها من المجموع الفقهي .



الملك ، فكل من العوضين يبقى على ملك صاحبه ولا يكون مضموناً على الطرف الآخر ، ولازم القول بالتراجع هو الرجوع إلى المثل أو القيمة ، والرجوع إلى الاستصحاب لا ينفع في المقام لما ذكرناه في الصورة الأولى ، هذا بالإضافة إلى الإجماع على لزوم المعاطاة فيما لو تلف العوضان (١) .

وقد ألحق الفقهاء بذلك ، ما لو باع كل من المتعاطين العين لشخص آخر بعقد لازم ، أو وهبها به لازمة ، لعدم التمكن من استرجاع العوضين والحالة هذه ، من غير فرق بين كونها مملوكة ، أو مفيدة لإباحة التصرف لا غير .

ولو استرجع المتعاطيان العوضين بسبب فسخ العقد الثاني ، فهل يعود لهما الحق بالتراجع فيما لو أراد أحدهما أن يرجع في المعاطاة ، أو يبقى المعاطاة على لزومها ولا يبقى لأحدهما الرجوع فيما أعطاه للطرف الآخر عوضاً عن ماله ؟ لقد رجح جماعة من الفقهاء جواز الرجوع لكل منهما بما أعطاه للطرف الآخر ، وذلك لأن المانع من التراجع عدم التمكن من استرداد العين بسبب طرؤ العقد الثاني وحيث انحل العقد الثاني واسترجع كل منهما ماله من الآخر ، أصبح بإمكان المتعاطين الرجوع إلى ماله واسترداده من الطرف الآخر .

ورجح آخرون عدم الحق لهما في ذلك ، لأن هذا الحق كان ثابتاً لهما قبل خروج العوضين عن ملكهما بعقد لازم ، وبعد لزومها بسبب العقد الثاني الواقع على العوضين لا يبقى مجال للرجوع إلى حكمها الأول بمجرد انحلال العقد الثاني .

---

١ - انظر بلفظ الفقيه وغيره من الموسوعات الفقهية ، ورجح جماعة من الفقهاء جواز التراجع بعد التلف عملاً بالقواعد الشرعية لولا قيام الإجماع على عدمه ، أما بناء على أنها من العقود المملوكة فلأن حق الرجوع الثابت للمتعاطين في استرجاع العوضين كحق الخيار ، ومن المعلوم أن لصاحب الخيار الحق في فسخ العقد والرجوع إلى البديل فيما لو كانت العين تالفة ، وأما بناء على أنها لا تليد أكثر من إباحة التصرف ، فكل من المتعاطين لم يسلم ملكه إلى الآخر مجاناً وبلا عوض ، بل سلمه له وسلطه عليه في مقابل العرض الذي استلمه منه ، وبما أنه لا يزال على ملك مالكه يكون مضموناً على من تلف بيده .

ولو امتزج العوضان بعد المعاطة بنحو لم يعد بالإمكان تمييزهما ، فبناه على أنها تقيد الملك لا بد وأن يلتزم بازومها في مثل ذلك ، لعدم التمكن من ارجاع العوضين لملكهما ، وبناء أنها لا تقيد أكثر من إباحة التصرف ، فلا موجب لارتفاع سلطنته على ماله التي كانت ثابتة له قبل امتزاجها (١) .

أما لو تصرف المتعاطيان في العوضين تصرفاً مغيراً لصورتها ، كما لو طعنا الحنطة ، وغصلا الثياب ونحو ذلك ، فالظاهر في مثل ذلك جواز التراجع على القولين لبقاء العوضين والحالة هذه ويمكن كل منها من استرداد ماله .

ولو مات المتعاطيان ، أو مات أحدهما ، فلو بنيينا على عدم لزوم العقد بالنسبة للمتعاطين فجواز التراجع لهما في المعاملة مرجعه إلى فسخ العقد الواقع بينهما بالأخذ والعطاء ، لو كان مرجعه ذلك ، يكون جواز التراجع الثابت لكل منها حقاً من حقوق المتعاطين فينتقل هذا الحق لورثة الميت منها عملاً بقاعدة ما ترك الميت من حق فلورثته أما لو كان جوازاً التراجع من الأحكام الثابتة للمتعاطين ، فتلتزم المعاطة بموتها أو موت أحدهما ، لأن الأحكام لا تورث كما أوضحنا ذلك في الفصول السابقة (٢) .

ولو خرج المتعاطيان أو أحدهما عن أهلية التصرف لسبب الجنون أو السفه أو غيرهما ينتقل هذا الحق لولي الشرعي المكلف برعاية مصالحه (٣) .

ومن مجموع ما ذكرناه عن المعاطة ينظر الجعفرين تبين أن الفقه الجعفري لم يتعصب للألفاظ ، ولم يتشدد في تقديسها كما يزعم ذلك السنيوي في مصادر الحق ،

---

١ - والحق عدم الفرق بين الصورتين ، إذ لم يكن متمكناً من استرجاع ماله كما هو المفروض لأن جواز التراجع الثابت للمتعاطين ثابت لهما في ظرف التمكن من استرجاع العوضين ، والمفروض عدم التمكن من ذلك كما هو محل الافتراض .

٢ - وقد رجح هذا الرأي الشيخ الأنصاري ونسبه لجماعة من الفقهاء أيضاً .

٣ - انظر مكاسب الشيخ مرقس الأنصاري ، التنبيه السادس من تنبيهات المعاطة .

ووحيد الدين سوار في كتابه التعبير عن الإرادة، ولم يذهب أحد من فقهاء المذهب  
 الجعفري إلى أن المعاطاة غصب كما يدعي وحيد الدين سوار (١) ، ذلك لأن  
 إلحاقها بالبيع الفاسد كما نسب إلى العلامة الحلي في كتابه المعروف بالنهاية ،  
 وعدم إقادتها لقبح إباحة التصرفات كما ذهب إلى ذلك جماعة من الفقهاء لا يحملها  
 مصاديق الغصب ، لأن الغائبين بأنها لا تكفي لتمليك العوضين يلتزمون بأنها  
 من المعاملات الصحيحة القائمة بذاتها ، ويصح للمتعاطين أن يتصرفوا بالعوضين  
 بكل أنواع التصرفات حتى التي لا تصح من غير المالكين ، وإذا بلغ التصرف حداً  
 أصبح معه استرجاع العوضين متعذراً لتحول إلى عقد لازم لا يجوز التراجع فيه  
 بأي نحو كان ، وقد أشرنا إلى ذلك في خلال حديثنا عن أحكامها وآثارها .

\*

\* \*

---

١ - انظر التعبير عن الإرادة ص ٢٢٩ .

## المعاطاة بنظر المذاهب الفقهية الأربعة

١٤

لقد ذكرنا فيما سبق ان الجمهوريين لم يتشددوا في أمر العقود أكثر من فقهاء المذاهب الإسلامية الأخرى ، ومنهم من لا يرى للألفاظ ميزة على غيرها من الأدوات الكاشفة عن الارادة في الموارد التي يسوغ فيها استعمال غير الألفاظ، وقد ذكرنا ان فقهاء الشيعة مجمعون على صحة المعاملة بالمعاطي من الطرفين ، وكل ما في الأمر انهم بين من يقول بإفادتها التملك كغيرها من العقود اللفظية ، وبين من يقول بأنها معاملة صحيحة قائمة بذاتها تؤثر في اباحة التصرف لكلا الطرفين بالمعوضين ، تستمد شرعيتها من العمومات والقواعد العامة التي أثبتت السلطنة للانسان على ماله ، بينما نرى المذهب الشافعي لا يميز التعاقد إلا بالألفاظ ، والمذهب الحنفي في بدايته لا يميز التعاقد بها إلا في الخسيس من الأشياء ، ولعلنا لا نعدو الحقيقة لو قلنا بأن المذهب الجمهوري أوسع من بقية المذاهب الإسلامية من حيث عدم التقديس للألفاظ ، وبالرغم من ذلك فقد اتهمه المؤلفون في العقود بالمجود والتحيز لجهة الألفاظ ، ولا منشأ لهذه النسبة سوى جهلهم بالفقه الشيعي وعدم تفصيلهم لنصوصه ومبادئه ، ولا بد لنا ونحن نحاول ان تثبت هذه الحقيقة عن عرض لبعض النصوص الفقهية من المذاهب الأربعة ، وعلى ضوءنا نترك للقارئ ان يحكم بما يريد .

قال العلامة السنهاوي في مصادر الحق تكلأ عن البدائع في الفقه الحنفي : ان

التعاطي يجوز في الأشياء الحسية ولا يجوز في الأشياء النفيسة ، ونسب هذا الرأي إلى القدوري أحد الفقهاء ، ورجح هو صحته في الحس والنفيس لقيام حقيقة البيع بها من غير فرق بين الأمرين .

وجاء في الجزء الخامس من فتح القدير : انه يتعقد البيع بالتعاطي في الحس والنفيس ، وقد قدر النفيس بنصاب السرقة فصاعداً ، والحس بما دونه .  
وجاء في الفتاوى الهندية : ان المشايخ قد اختلفوا في حكم المعاوضة ، فقال بعضهم : ان البيع بالتعاطي تم في الأشياء الحسية ، كالبلبل واللعيم والحبز والحطب وغير ذلك ، ولا يتم فيها هو أعلا من ذلك .

وقال آخرون : انه يتعقد بكل شيء مهما كانت كيته ، وجاء عن الزيلعي الجزء الرابع وغيره عدم كفاية التعاطي في غير الأشياء الحسية ، وكما لم يتفق الأحناف على رأي واحد في الاكتفاء بالتعاطي في انشاء البيع وغيره من العقود ، لم يتفقوا أيضاً على الاكتفاء بالإعطاء من طرف واحد ، ونقل جماعة من فقهاءهم عن محمد بن الحسن الشيباني أحد التلاميذ المقربين من أبي حنيفة ، أنه يكفي في انشاء البيع قبض أحد البدلين الثمن أو الثمن ، وانتصر له جماعة من فقهاءهم ، وأكثرهم على عدم الاكتفاء بالتعاطي من طرف واحد في انشاء العقد ، كما نص على ذلك الحلواني ، وصاحب الدر المختار وغيرهما (١) .

وجاء في التعبير عن الإرادة : ان الفقه الحنفي لم ينظر في أول الأمر إلى المعاوضة كوسيلة للتعبير عن الإرادة ، وانما انتهى إليها بالتدريج ، وكانت يؤثر اللفظ أولاً ، ونظراً لذلك فقد حرصوا التعاطي في الأشياء الحسية ، ولكن لا على أساس انه بيع ، ولذا فإن من حلف ان لا يبيع فباع بالمعاوضة لا يباحث ، ذلك لأن العقد قول له حكم المستقبل كما عرّفه سعدي جلبي في شرح العنابة على

---

١ - انظر مصاحو الحق للسنهوري الجزء الاول ص ١٠٩ و ١١٠ و ١١١ .

الهداية ، ومعنى ذلك انه لا يتم تنفيذه بمجرد صدوره ، والمعاطة تكون فائدة بصورها لأنها عبارة عن تسليم كل من الطرفين الآخر على ملكه في مقابل ملك الآخر ، وأخيراً اتجه الرأي الراجح عندم إلى جريانها في الحسب والنفس ، وأصبح العرف يراها وسيلة للتعبير عن ارادة المتعاقدين وكشفة عن رضاهما بتلك المبادلة (١) .

ويدعي السنهوري : ان الفقه الحنفي كما تطور وانتهى إلى جريانها في الحنفي والنفس ، مر بمرحلة أخرى كان فيها خيفاً في بدايته ، وانطلق إلى مرحلة أوسع منها ، فبعد ان كان لا يرى تمام العقد إلا بالتعاطي من الطرفين ، أصبح يكتب بالتبض من أحدهما والإعطاء من جانب واحد ، وقد أنكر وحيد الدين سوار هذا التطور في الفقه الحنفي الذي أشاد به الاستاذ السنهوري ، وادعى ان الفقه الحنفي من ناحية الاكتفاء بها من طرف واحد لا يزال جامداً ، ولم يذهب إلى الاكتفاء بها بالإعطاء من طرف واحد إلا محمد بن الحسن الشيباني ونفر قليل من الفقهاء والمشهور بين فقهاء الأحناف عدم الاكتفاء بها في انشاء البيع إلا بالتعاطي من الطرفين ، وبعد ان عرض وحيد الدين سوار المراحل التي مر بها الفقه الحنفي بالنسبة للمعاطة ، قال : ان المذهب الشيعي والشافعي جمداً في مكانها ولم يتزعزعا عن النقطة التي بدأ فيها المذهب الحنفي ، وتختلف المذهب الشيعي عنه في المرحلة الأولى من المراحل التي مر بها ، فيتنا يرى إفادتها الملكية ويعتد بها في المحقرات ، نرى الرأي السائد في المذهب الشيعي يتخلف عن المذهب الحنفي ويرى التعاطي وسيلة عاجزة عن انتقال الملكية في أي شيء كان (٢) .

ونحن بدورنا نتمنى للاستاذ سوار وغيره ان يطلعوا على الفقه الشيعي ويأرسلوه قبل ان يحكموا عليه أو له بشيء ، ونعلم بأنهم لو اطلعوا عليه وتبعوا آراء فقهاء

١ - انظر التمييز عن الارادة ص ٢٣٩ .

٢ - انظر التمييز عن الارادة ص ٢٤٤ .

الشعبة لعرفوا ان الفقه الشيعي أكثر انطلافاً ومرونة وتيسيراً من غيره ، وقد بنا في الصفحات السابقة ان أكثر الجعفرين يرون التعاطي وسيلة من الوسائل التي يتم فيها التمليك ، ويعتمدون به في الحبس والنفيس ، وبعضهم لم يفرق بينه وبين العقود المنشأة بالألفاظ الصريحة من حيث عدم جواز التراجع عن المعاملة إلا إذا طرأ ما يسوغ لها التراجع عنها .

وقد توسع المالكية في المعاطاة من حيث الاكتفاء بها في انشاء العقود ، ولم يفرقوا بين المحقرات وغيرها ولا بين التعاطي من الطرفين والإعطاء من طرف واحد ، وكل ما في الأمر انها لا تلزم في الاعطاء من طرف واحد إلا بعد استلام العوض الآخر ، وقد جاء في الشرح الكبير للدرديري الجزء الثالث : وان حصل الرضا بالمعاطاة بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر منه من غير تكلم ولا إشارة ولو في غير المحقرات ، فيلزم البيع فيها بالتقايض ، وما اصل البيع فلا يتوقف على ذلك ، فمن أخذ ما علم منه من مالكة ولم يدفع له الثمن ، فقد أوجد أصل العقد لا لزومه ، ولا يتوقف العقد على دفع الثمن ، فيجوز ان يتصرف بالأكل ونحوه قبل دفع ثمنه ، وقد نص على ذلك السوقي وغيره .

وقال في تهذيب الفردق : لقد توسع العلماء فيه حتى جوز مالك وأبو حنيفة وابن حنبل البيع بالمعاطاة ، وهي الأفعال دون شيء من الأقوال ، وزادوا على ذلك فقالوا كلما عده الناس بيعاً فهو بيع .

ومن ذلك تبين ان المذاهب الثلاثة تلتقي كلها في الاكتفاء بالمعاطاة في تكوين العقد ولا خلاف بينهم في اصل المبدأ وهم يبن من توسع بها بالنسبة لجميع الأشياء ولو كان الاقباض من طرف واحد ، وبين من لا يكتفي بها إلا في المحقرات إذا حصل التعاطي من الطرفين .

وقد وقف الشافعية في مقابل جميع المذاهب الفقهية في هذه المسألة ، وأمعنوا في التمسك بالألفاظ ، ولم يعتمدوا على غيرها في انشاء العقود ، وقد جاء في

المذهب لبعض فقهاء الشافعية : ولا ينعتد البيع إلا بالإنجاب والقبول ، فأما الماطلة فلا ينعتد بها البيع لأن اسم البيع لا يقع عليها ، ونص أحد فقهاءهم في الوجيز : بأنها لا تكفي لإنشاء البيع إلى غير ذلك من النصوص الفقهية التي تؤكد عدم الاعتداد بالتعاطي كوسيلة في التعبير عن إرادة المتعاقدين .

ومن مجموع ما تقدم تبين أن المذاهب الإسلامية بأكثريتها تعتمد على الألفاظ أكثر من جميع الوسائل التي تعبر عن إرادة المتعاقدين باستثناء المذهب الحنبلي الذي يكتفي بكل ما يدل على التراضي ويكشف عن إرادة المتعاقدين ، ولو لم يكن بالألفاظ أو التعاطي .

قال ابن القيم في اعلام الموقعين : فن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده ، والألفاظ لم تقصد لذواتها وإنما هي أدلة على المقاصد ، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان جاز الاعتداد عليه ، ومستوي في ذلك الإشارة والكتابة والإيحاء والقرائن والدلالة العقلية ونحو ذلك مما يكشف عن المراد (١)

والعقيدة الوحيدة التي يقف عندها القائلون بعدم الاكتفاء بالتعاطي في إنشاء العقود من فقهاء السنة . هو أن التعاطي من الأدوات الظنية التي لا ترجع مما في النفس ترجمة تقطع التردد وتنفي الإحتمالات الأخرى ، ذلك لأن التعاطي يجعل معنى المبادلة ، وهو عنصر مشترك بين جملة من المفاوضات المالية ولا يقتصر على البيع ، ولا يتسنى لنا التمييز بين هذه المعاملات وقد جاء التعاطي خالياً عن كل لفظ يرسم حدودها ، فلا مناص إذن من الرجوع إلى القول المترجم مما في النفس ، لأنه الوحيد في تحديد نوع المبادلة التي تقصد من التعاطي ، وإضافة إلى ذلك في الروض النضير . أن البيع ليس هو مجرد الرضا بالمبادلة ، وإنما كان في فرق بينه وبين سائر الإنشاءات ، وقد ثبت كونها أنواعاً متباينة ، كالبيع والإجارة

---

١ - انظر اعلام الموقعين الجزء الأول ص ٢١٨ .



والرهن والهبة المعوضة ، والصلح على مال وغير ذلك ، ولكل واحد منها ماهية تخصه ، والرضا الذي لا بد منه في المعاوضة جنس لا بد منه في جميع تلك المعاوضات ، فلا بد في معرفة كون العقد بيعاً أو اجارة أو صلحاً أو هبة من بيان كل منها باسم يخصه ، وليس الا القول المترجم عما في النفس ، والرجوع إلى غيره رجوع إلى غير ما أمر الله ، على ان الآيات القرآنية يستفاد منها حصر الوسائل التي يتم بها التعاقد بالألفاظ ، ومن ذلك قوله سبحانه : أحل الله البيع وحرم الربا ، وقوله واشهدوا إذا بايعتم ، وليس يبعد كما يدعي صاحب الروض النضير . ان يكون المراد من هاتين الآيتين ان البيع الحلال هو الذي يتم التمييز عنه بصفة البيع وما يؤدي معناها من الصيغ المتعارفة في المعاوضات على حد تعبيره (١)

ولقد وجد المتعصبون للألفاظ هجوماً عنيفاً من كهة الخبابة الذين لم يروا للألفاظ أي ميزة على غيرها من الوسائل الكاشفة عن رأي المتعاقدين وأورد نقوضهم وأدلتهم ابن قدامة الحنبلي في المجلد الرابع من المغني ، وأبو بكر الجصاص في احكام القرآن وغيرها (٢) . ولقد ناصر الاستاذات الشيخ محمد أبو زهره والشيخ علي الخفيف الرأي الحنبلي الذي يمتد بالتراضي بأي وسية كان لفظاً أو غيره من التصرفات والافعال التي تكشف عن ارادة المتعاقدين ومقصودهما (٣)

ثم ان القائلين بأن البيع لا يتعقد بها كما نقلنا ذلك عن الشافعية يبن من يقول

١ - وقد اورد ابن قدامة الحنبلي في المغني على من استدلل بهاتين الآيتين على ان البيع لا يتم الا باللفاظ البيع وما يؤدي معناها بأن هاتين الآيتين ليس للفرض منها بيان الوسيلة التي لا بد منها في انشاء البيع ، بل المقصود منها اقرار ما تعارف بين الناس بمنوان البيع اذا لم يؤدي الى الربا وأكل المال بالباطل وبلا عوض .

٢ - انظر احكام القرآن للجصاص المجلد الثاني ص ١٧٣ وانظر التمييز عن الارادة لوسيد الدين سوار ص ٢٥٦ .

٣ - الملكية ونظرية العقد لابي زهرة ص ٢٥٥ و ٢٠٦ ، واحكام المعاملات لملي الخفيف ص ١٥٥ و ١٥٦ .

بأنها معاملة فاسدة لا تبيح لأي من المتعاطين ان يتصرف فيها وصل اليه من الطرف الآخر وعليه ارجاعه لمالكه ان كان موجوداً وإلا ارجع اليه مثله او قيمته ، وبين من يرى انها تبيح لكل منها ان يتصرف فيها قبضه من الآخر .

اما الناحية الدينية على حد تعبيرهم ، فيظهر من بعض فتايمهم ان المعاطاة من كبائر الذنوب ، قال في حاشية نهاية المحتاج للرملي : ان عقد المعاطاة من الكبائر ، ونص بعضهم انه من صفائر الذنوب وانه لو وقعت معاملة بالتعاطي بين شافعي ومالكي ، يكون المالكي عاصياً لأنه سهل المعصية للشافعي واعانه عليها ويحرم على الشافعي ايضاً لاعتقاده بعدم مشروعيتها ، ومن امثلة ذلك ما لو لعب الشافعي مع الحنفي بالشطرنج ، فيكون الشافعي عاصياً وان لم يذهب الى حرمة اللعب به ولكنه يكون عاصياً لأنه أغاث الحنفي على المعصية باعتقاده ، ونص الرملي في المجلد الثالث من نهاية المحتاج على عدم حرمة التعامل بالتعاطي (١)

والنزاع في المعاطاة من حيث الحكم التكليفي لا مورد له عند الجعفرين ، لأن لكل منهما ان يتصرف فيما انتقل اليه من الطرف الآخر حتى عند الثقلين بأنها لا تقيد التمليك ، نعم مع بقاء الفوضين لو تراجعا وامتنع احدهما عن ارجاع ما أخذه من الآخر يكون آثماً وضامناً له فيما لو تلف بيده .

\*

\* \*

## الترتيب بين الايجاب والقبول

من المعلوم ان تسمية المعاملة عقد ، باعتبار ان ما أنشأه كل من الطرفين مرتبط با أنشأه الطرف الآخر ، وهذا الارتباط قد يتحقق بإيجاب أحدهما وقبول الآخر ، كما لو صدر منه بلفظ قبلت او رضيت وامضيت وغير ذلك مما يؤدي هذا المعنى ، وقد يحصل بلفظ آخر ، كاشتريت وارتنت ونحو ذلك ، ذلك لأن العقود قسم منها يتقوم بالاخذ والأخذ من الطرفين كالبيع والإجارة والصلح والنكاح وغير هذه مما لا بد فيه من الأخذ والإعطاء والالتزام والالتزام من الطرفين ، وقسم منها يتحقق بالإعطاء من طرف واحد كالهبة والصلح الهابقي والرهن ، وقسم ثالث منها يحصل بمجرد الانشاء المجرد من المعاوضة المالية كالعقود التي يقصد منها إباحة التصرف ، او حفظ الاعيان او الاستئابة ومن ذلك الوكالة والعداية والوديعة ، هذه العقود الثلاثة تحصل بالانشاء وحده ، ولا يتوقف تحققها على الاخذ والإعطاء من الطرفين او من أحدهما .

ثم ان تمييز البائع عن المشتري في القسم الأول من العقود ، مرة يكون بال قصد والإعطاء ، وأخرى يكون من مقتضيات العقد ، كما لو عبر المشتري عن إرادته بلفظ قبلت أو اشتريت مثلاً ، فان العقد بذاته يدل على ان الموجب هو الأول ،

والقابل هو الثاني ، وإذا لم يعبر المشتري بأحد هذين اللفظين أو ما يؤدي معناهما فالتمييز بينها يكون بالقرائن الخارجية عن العقد ، لأن العرف فيمن ملك داره لشخص يبلغ من النقود يرى مالك الدار هو البائع ، ومعطي النقود هو المشتري ، كما يرى الزوجة موجبة في عقد النكاح لأنها تعطي نفسها للزوج ، والزوج هو القابل ، لأنه يقبل منها ذلك ، ويعطيها مبلغاً من المال في مقابل ما أعطته إياه ، وإذا كان العوضان من النقود ، أو كانا من العقارات أو غيرها من الأعيان الخارجية ، فإن من يقصد تملك ماله لغيره بعوض فهو البائع ، ومن يقصد تملك ذلك المال بالعوض فهو المشتري ، فكل من البائع والمشتري ينشأ أمرين أحدهما بالمطابقة والآخر بالإلزام ، فالبايع الموجب ينقل ماله إلى ملك المشتري مطابقة ، ويتملك مال المشتري عوضاً عن ماله التزاماً ، والطرف الآخر القابل يتملك مال البائع بقبوله مطابقة ، وينقل ماله إلى البائع التزاماً ، وبنتيجة ذلك لو أنشأ كل من الطرفين العقد بلفظ شريت وأعطيت مثلاً ، فالذي ينشأ هذا اللفظ أولاً هو البائع الموجب ، والذي أنشأ بعده هو القابل ، لأن البائع هو من يقصد تملك ماله لغيره بعوض ، والذي أنشأ أولاً هو الذي قصد ذلك ، والطرف الثاني وهو المشتري قد أنشأ تملك ذلك المال بالعوض الذي اتفقا عليه ، فيكون المتقدم هو الموجب والمتأخر هو المشتري القابل ، ولا يجوز تقدمه على الإيجاب سواء كانت بلفظ قبلت أو بغيره من الألفاظ الأخرى ، لأن إنشاء المشتري المتضمن نقل ماله عوضاً عن نقل البائع ماله إليه ، هذا النقل من المشتري لا يصدق إلا بعد صدور النقل من البائع ، وهو بخلاف الإيجاب الحاصل من البائع فإنه من حيث مفهومه لم يصدر منه للصادقة على أمر سابق عليه ، وإن كان تأثيره الخارجي متوقفاً على القبول .

وجعل القول ان تبديل المال بعوض من حيث كونه صادراً من الموجب لا يتوقف انشاءه على القبول ، أما القبول من الطرف الثاني الحاصل بإنشاء المشتري فلا بد وان يكون مسبوقاً بإنشاء البائع ، لأن المعنى المقصود من القبول لا يمكن

ان يتحقق ولو في عالم الاعتبار إلا بعد وقوع الإيجاب من الموجب ، لانه عرقل به انشاء وتأثيراً ، وعلى ذلك فعقود المعاوضة سواء كانت المعاوضة من طرفين كالبيع والاجارة والنكاح ، أو من طرف واحد كالهبة والرهن وغيرهما لا بد فيها من تقديم الإيجاب على القبول ، ولا يلزم ذلك في بقية العقود التي لا تقيد أكثر من اباحة التصرف والاستثنان كالعارية والوكالة والوديعة ، باعتبار ان الغرض من هذه العقود يحصل بأي نحو كان (١) .

وقال في الجواهر : الأشهرين فقهاء الامامية تقديم الإيجاب على القبول ، ورجح جماعة منهم جواز تقديم القبول على الإيجاب إذا لم يكن بلفظ قبلت ، ذلك لان صدق العقد لا يتوقف على الترتيب بين الإيجاب والقبول ، ومن جهة ثانية فان كلا من الثمن والمثمن عوض عن الآخر ، وهذا الاعتبار يمكن ان يكون المشتري موجباً والبائع قابلاً ، وليس المراد من تبعية القبول للإيجاب تبعية اللفظ لفظ ، بل المراد منها التزام المشتري بالتزم به الموجب سواء تقدم انشاءه أو تأخر (٢) .

وقد اعتمد انصار هذا الرأي بالإضافة إلى ما تقدم على مروية ابان بن تغلب عن الصادق (ع) التي تعرضت لكيفية عقد النكاح ونصت على صحته ولو في حال تقدم القبول على الإيجاب من الزوجة وقد جاء فيها تقول لها : أتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه ، فان قالت نعم فهي امرأك . وجاء عن الرسول (ص) : انه زوج امرأة من سهل الساعدي واكتفى بالقبول الصادر منه قبل إيجابها وجاء فيها انه قال له زوجنيها يا رسول الله . فقال عليه وعلى آله الصلاة والسلام : زوجتكها بما معك من القرآن .

والذي رجحه الشيخ الانصاري في المكاسب ان المتعاقدين اذا اعتدما لفظ

١ - انظر منية الطالب للخنساري ص ١١٠ و ١١١ .

٢ - انظر الجواهر كتاب التناجز شروط العقد .

البيع والقبول في انشاء المعاوضة لا يصح تقديم القبول على الإيجاب ، وإذا اعتمد  
غيرهما من الالفاظ ، كشتريت وملكت وقلكت وأبتعت ونحو ذلك بناء على  
انه يتم العقد بهذه الالفاظ ونحوها ، فإذا اعتمد هذه الالفاظ يصح تقديم القبول  
من المشتري ويتم العقد بذلك (١)

ويبدو ان الخلاف الواقع بين الجعفرين في هذه المسألة واقع بين فقهاء المذاهب  
الفقهية الاربعة ، وفي ذلك يقول الاصمغاني : ان القبول باعتباره قبولاً للإيجاب لا  
يتم العقد بتقديمه عليه ، ذلك لان الإيجاب هو ما صدر أولاً سواء كان بائعاً أم  
مشترياً ، فكما انه لو قال المالك بمتك الدار بمشرة دفاتير يكون موجباً ، كذلك  
لو قال الطرف الآخر اشتريت هذه الدار منك بمشرة دفاتير يصحكون موجباً ،  
وعلى هذا الاساس لا يتصور تقديم القبول على الإيجاب لأن من يباشر إلى الانشاء  
اولاً يكون هو الموجب والذي ينشأ بعده هو القابل ، ونص المالكية على جواز  
تقديمه اذا كان بلفظ الامر ، كما لو قال المشتري لمالك الدار : يعني هذه الدار ،  
فقال له المالك بمتك . فان العقد عندهم يتم بمجرد ذلك ولا يحتاج إلى القبول من  
المشتري بعد ايجاب البائع ، ومع انهم قد اتفقوا على ان العقد يتم في هذه الحالة  
قد رجح جماعة منهم عدم لزومه وجواز التراجع لكل منهما فيما التزم به للآخر .

وقال الشافعية : اذا كان القبول بلفظ الامر يصح تقديمه على الإيجاب ويتم  
العقد بالقبول المتقدم والإيجاب المتأخر ، وإذا كان بلفظ الاستفهام كما لو قال له  
المشتري : هل تبيعني الدار ؟ فقال له المالك : بمتك إياها ، فلا بد من القبول في  
هذه الحالة .

وقال الحنابلة : إذا كان القبول بلفظ الامر والماضي والمضارع يصح تقديمه  
ويتم بذلك العقد ، وإذا كان بلفظ الاستفهام فلا ينعقد البيع إلا بانشاء المشتري  
القبول بعد ايجاب البائع (٢) .

---

١ - انظر المكاسب شروط العقد .

٢ - انظر الفقه على المذاهب الاربعة الجزء الثاني ص ١٥٦ و ١٥٧ و ١٥٨ .

## اتصال القبول بالايجاب

١٥

لقد نص جماعة من فقهاء الإمامية على أنه لا بد من الاتصال بين الايجاب والقبول ، ذلك لأن كل ماهية تتألف من مجموعة من الاجزاء التدريجية لا تتحقق الماهية الا بعد وجود الاجزاء بكاملها ، ومن المعلوم ان الفصل بين اجزاء المركب اذا كان موجباً لعدم صدق العقد الذي اعتبره المشرع موضوعاً للأكل المقصودة للمتعاقدين وجب تعاضيه والاقيان بالاجزاء بنحو يصدق وجود العقد بعد وجود الاجزاء بكاملها ، وبما لا شك فيه ان العرف لا يرى مانعاً من وجود العقد فيما لو كان الفاصل يسيراً ، كما لو تأخر القبول عن الايجاب فترة من الزمن ليتأكد المشتري من صلاح هذه المعاملة بالنسبة اليه ما دام في مجلس العقد ، أو تكلم الطرفان بين الايجاب والقبول بكلام خارج عن المعاملة قبل ان يعبر المشتري عن ارادته ، اما لو سكنت طويلاً وانتهى مجلس العقد وتفرق للطرفان عنه ، ثم رجع بعد يوم او بعض يوم وانشأ القبول ، فلا يصدق العقد في مثل هذه الحالة ، ويبطل اثر الايجاب الصادر من البائع .

قال الشيخ مرتضى الانصاري : ثم ان المعيار في الموالاة موكول الى العرف كما في الصلاة والقراءة والاذان ونحو ذلك ، والاتصال الحقيقي ليس شرطاً في صحة العقد ، والعرف لا يرى الفصل بالكلام الطويل ما دام المتعاقدان في مجلس العقد مخلاً بالموالاة ومانعاً عن صدق العقد ، وفصل في منية الطالب بين العقود العهدية كالبيع والاجارة والصالح والهبة والرمح وبين غيرها كالعارية والرديئة

والوكالة، فأكد اعتبار الموالاة في النوع الأول من العقود، وعلى ذلك بأن صدق العقد عليها مفاده أن كلاً من إنشاء البائع والمشتري مرتبط بالآخر وبإحدهما العرف كلاً واحداً، كما هو الحال في كل امرين أو أمور يجمعها عنوان واحد، ومع الفصل الطويل يصبح كل واحد من الأجزاء عنواناً مستقلاً قائماً بذاته، أما النوع الثاني من العقود فمن حيث أنها لا تنشأ إلزاماً ولا ترابطاً بين ارادتين لم تكن في واقعها من العقود، والمقصود منها إباحة التصرف واستتابة الغير في حفظ العين المودعة كما هو الحال في الوديعة والقيام عنه ببعض الأعمال، وهذه الغايات يمكن التوصل إليها بأي نحو كان من انحاء الأقوال والأفعال (١).

وقال الدكتور محمد يوسف: يشترط لانقضاء العقد اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد إذا كان الطرفان حاضرين معاً فيه وهذا الاتصال يكون بأن يعلم كل من الطرفين بما صدر عن صاحبه، وبأن لا يصدر منه ما يعتبر اعراضاً عن العقد، من طرف الموجب أو القابل على حد سواء، وأضاف إلى ذلك: بأن من مصلحة الموجب كالبائع أو المؤجر مثلاً معرفة رأي الآخر حتى يعلم بالإيجاب، ومن مصلحة هذا أن يبادر بالقبول أن أراد قبل أن يرجع صاحبه عن إيجابه، واستطرد يقول: وما دمتنا قد اشتغلنا اتحاد مجلس الإيجاب والقبول فإن صاحب الإيجاب لو ترك المجلس قبل قبول الآخر يبطل إيجابه، فلو قبل صاحبه بعد ذلك لا يعتبر هذا القبول متمماً للعقد، لأن الإيجاب ذهب ولم يبق له وجود بقيام صاحبه وتركه المجلس فلم يتلاق به القبول، وكذلك لا يتم العقد أن كان الذي ترك المجلس هو الطرف الآخر بعد صدور الإيجاب من الأول (١).

والمتحصل من ذلك أن العقد موضوع الأثر الشرعي والقانوني لا يبقى له صفة التأثير المقصود للمتعاقدين فيما لو تخلل الإيجاب والقبول فصل طويل من الأعمال

١ - انظر منية الطالب، والمكاسب للشيخ الانصاري.

٢ - انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات في الشريعة الإسلامية ص ٣٢٦.



ينمو يصبح الايجاب الصادر من البائع مثلاً بعد هذا الفاصل الطويل غير صالح للتأثير بنظر العرف ، وفي حكمه ما لو انشا الطرف الثاني القبول بعد فترة طويلة في مجلس آخر ، ومع اتحاد المجلس لو تخطل بين الايجاب والقبول كلام أو سكوت ينمو لا يعد اعراضاً من الموجب عن ايجابه بنظر العرف ، هذا النوع من الفصل بين الايجاب والقبول لا يمنع من تحقق العقد وتأثيره فيما لو حله القبول من الطرف الآخر ومما في مجلس الايجاب .

وتحديد الاتصال بين أجزاء العقد بذلك يتفق اتفاقاً كلياً مع الذي نقلناه عن الجعفرين ويقره العرف ولا يتعارض مع أدلة التشريع التي تعرضت لاحكام العقود والمعاملات .

وقال الدكتور سليمان مرقس : إذا جمع العاقدان مجلس واحد ، فان التعبير الذي يصدر من احدهما يصل إلى علم الآخر فوراً فينتج اثره بمجرد صدوره ، فالايجاب يصل في الحال إلى علم الموجه إليه ، أي انه لا يكون ثمة فاصل زمني بين صدور التعبير وبين انتاج اثره وصلاحيته لاقتران القبول به ، فيصبح الايجاب صالحاً لاقتران القبول به ولو لم يصدر القبول فور صدور الايجاب بشرط حصول القبول قبل انقضاء مجلس العقد ، أي قبل انصراف الطرفين ، أو افتراقهما ، لان انقضاء المجلس دون قبول يعد رفضاً للايجاب مسقطاً له ، وأضاف إلى ذلك : وقد نص التفتين على ذلك حيث قرر في المادة ٩٤ منه : إذا صدر الايجاب في مجلس العقد دون ان يعين ميعاد القبول فان الموجب يتحمل من ايجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الايجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق آخر ، وجاء في المادة المذكورة : ومع ذلك يتم العقد ولو لم يصدر الايجاب فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على ان الموجب قد عدل عن ايجابه في الفترة ما بين الايجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل ان ينقض مجلس العقد (١) ، فالقانون لم يشترط أكثر من وحدة المجلس في هذه المسألة ولا

(١) انظر العقد لسليمان مرقس ص ١٢٧ .

يرى الفواصل منها بلغت مانعة من صدق العقد إلا إذا دلت على أن الموجب قد عدل عن إيجابه .

ومع أن المذاهب الأربعة متفقة على أنه لا بد من وحدة المجلس نجد فريقاً منهم يشترط الفورية بالأضافة إلى ذلك .

قال السنهوري في مصادر الحق : وجاء في الجزء الخامس من البدائع : وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس ، فإن اختلف لا ينعقد ، حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول ، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد البيع ، وأضاف إلى ذلك : وعند الشافعي لا بد من الفورية في مجلس العقد ولا يتم العقد بدونها ، وجاء في الفقه على المذاهب الأربعة : أن الفصل بين الإيجاب والقبول بالكلام الأجنبي سواء كان قليلاً أو كثيراً يمنع من تأثير الإيجاب ضد الشافعية وكذلك السكوت الطويل وعند الأحناف أن الفاصل الذي لا يمنع من تأثير الإيجاب هو الفاصل اليسير ، كما لو قال البائع للمشتري : بعثك هذا الثوب بعشرة دنانير مثلاً وبعد أن شرب الماء أو أنهى حديثه أنشأ القبول ، أصابوا أنشأ القبول بعد أن تناول الطعام أو قام وانتبه من نومه ، فلا يؤثر قبوله في تكوين العقد ( ١ )

ويبدو أن الشافعية والأحناف يلتقيان من حيث اعتبار الفورية بين الإيجاب والقبول ، ولكن الأحناف يدعون بأن الفواصل مهما كان نوعها توجب تعدد مجلس العقد ، والشافعية يعتبرون الفورية من حيث أن الفواصل بين إيجاب البائع وقبول المشتري بأي عمل من الأعمال تكشف عن أعراض المشتري وانصرافه عن المعوضة ، مع احترافهم بأن وحدة المجلس لا تتأثر بأي عمل من الأعمال ما لم يتفرق الطرفان بإبدائهم عن الحل الذي أنشأ فيه البائع صيغة الإيجاب . وعند المالكية

---

١ - انظر الفقه على المذاهب الأربعة ص ١٢٧ .

ان الفصل بكلام اجنبي بين الايجاب والقبول لا يمنع من تأثير القبول من المشتري ما دام المتعاقدان في المجلس ، وأكد ذلك احد فقهاءهم ، وجاء في الجزء الرابع من المحطاب ص - ٢٩ :

والذي تحصل - حندي من كلام اهل المذهب انه اذا اجابه في المجلس بما يقتضي الإمضاء والقبول من غير فاصل لزمه البيع اتفاقاً ، وإن تراخي القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقاً ، وكذا لو حصل فاصل يقتضي الاعتراض مما كلفه حتى لا يكون جوابه جواباً للكلام السابق في العرف لم ينعقد البيع ، ولا يشترط ان لا يحصل بين الايجاب والقبول فصل بكلام اجنبي عن العقد ولو كان يسيراً كما يقول الشافعية ، ويتفق الحنابلة معهم في ذلك ، فقد جاء في الشرح الكبير على المنع بعض فقهاء الحنابلة ص ٤ من الجزء الرابع : فإن تراخى القبول عن الايجاب صح ما دام في المجلس ولم يتشغلا فيما يقطعه والا فلا لأن حالة المجلس كحالة العقد فان تفرقا عن المجلس او تشغلا بما يقطعه لم يصح العقد ، لأنه انما يتم بالقبول ولا يتم مع تباعده عن الايجاب ، كاستثناء بالنسبة الى المستثنى والشروط بالنسبة الى الشروط والخبر بالنسبة الى المبتدأ (١)

واذا تبايعا وهما ماشيان او راكبان على دابتين او يحمل واحد ، فان انصل القبول بالايجاب يتم العقد ، وإن تأخر القبول عن الايجاب ولو قليلاً لا يتم العقد ، لأن المجلس يتبدل بالمشي او السير وان قل ، وفرق بعض الاحناف بين مالو تبايعا ماشين او راكبين ، وبين مالو تبايعا في السفينة ، ففي الأول يتبدل المجلس ولو بخطوة واحدة اذا تأخر الايجاب عن القبول ، لأن المشي من فعلها وكذا بالنسبة الى سير الدابة من حيث انها تحت سيطرتها ، وفي الثاني يتم العقد بينها ولو كان الفاصل طويلاً بين الايجاب والقبول ، لأن سير السفينة مسبب عن جريان الماء فيها في مجلس العقد ولو طال بها السير (٢) .

(١) انظر مصادر الحق الشنهوري الجزء ٢ ص ٥ و ٦ .

(٢) نفس المصدر ص ٨ .

ومها كان الحال فاتحاد مجلس العقد بمعنى عدم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول الموجب لعدم ارتباط كل من جزئي العقد بالآخر ، هذا النوع من الاتحاد متفق عليه بين جميع المذاهب الإسلامية وهو الذي اختاره الجعفرين كما يبدو من النصوص الفقهية المنتشرة في مجاميع الفقه الشيعي ، أما الاتحاد بمعنى صدور القبول من المشتري فور صدور الإيجاب من البائع ، وعدم الفصل بينها ولو بالكلام اليسير كما يدعي الشافعية وبعض الأحناف ، هذا النوع من الاتحاد لا تؤيده مصادر التشريع ولا يقره العرف العام ، كما وإن اختلاف مجلس العقد بتتابع السير ولو خطوة أو خطوتين قبل صدور القبول من المشتري فيا لو تعاقدوا وهما ماشيان أو راكبان ، وعدم اختلافه فيا لو تعاقدوا في سفينة ونحوهما وإن طال بها السير ، هذا التحديد لمجلس العقد كما يبدو من النصوص الفقهية الموجودة في كتب الأحناف ينطوي على تصوير مجلس العقد تصويراً مادياً لا تساعد عليه النصوص الشرعية ولا يقره العرف الذي لا يمكن تجاهله في هذه المسألة وأمثالها من المسائل التي لم يتخط فيها الشارع طريقة الناس في عقودهم ومعاملاتهم .

\*  
\* \*

## التعليق في العقود

١٦

التعليق الواقع من المتعاقدين أو من أحدهما ، أما ان يرجع إلى المعنى الموضوع له الإيجاب والقبول ، وأما ان يرجع للمعنى المقصود للمتعاقدين وهو التمليك والتملك ، فإن رجوع إلى الأول يكون لقراً ، لأن المعنى الموضوع له اللفظ وجوده تابع لوجود اللفظ فلا يتصور فيه ان يكون مشروطاً بشيء آخر ، كما هو الحال في جميع المعاني الإيجابية التي توجد بوجود الألفاظ ولو لم تكن مقصودة للتكلم ، فلا بد وان يكون المراد من التعليق الذي تعرض له الفقهاء بهذا العنوان هو التمليك المقصود للمتعاقدين من صيغة العقد ، وقد نص جماعة من الفقهاء على ان صيغة العقد انما تؤثر الأثر المقصود للمتعاقدين إذا أنشأ التمليك والتملك ، والانشاء المطبق على أمر متأخر مزججه إلى عدم الجزم بالمعاوضة بين المالكين كما هو ظاهر .

وبجمل القول ان الشرط اما ان يكون معلوم الحصول ، وأما ان يكون مشكوكاً ، وعلى التقديرين اما ان يكون متأخراً عن العقد أو مقدراً له ، وعلى جميع التقادير اما ان يكون بما يتوقف عليه صحة العقد ، أو أجنبياً عنه ، فما كان من الشروط معلوم الحصول حين العقد ، فلا يمنع اشتراطه من صحة العقد ، كما لو قال البائع : ان كان هذا العقار ملكي فقد بعتك منك ، وقد نص جماعة من الفقهاء على جواز ذلك وعدم كونه مانعاً عن تأثير العقد ، اما إذا كان معلقاً على أمر متأخر معلوم

الحصول أو مشكوك الحصول ولا تتوقف عليه صحة المعاملة ، فلا يصح العقد في مثل ذلك ، لأن البائع لم ينشأ بملك ماله المشتري على جميع التقادير ، وكذلك فيما لو كان معلقاً على أمر متأخر تتوقف عليه صحة العقد ، وإن كانت هذه الصورة أقل خطراً على العقد من الصورتين المتقدمتين ، لأن المتعاقدين لم يشترطاً إلا ما يقتضيه إطلاق العقد ، فيكون الشرط مؤكداً لما يقتضيه نفس العقد (١) .

ونص في منية الطالب على أن التعليق بجميع فروضه لا يمنع من صحة العقد لأن الأحكام الشرعية المترتبة على موضوعاتها من نوع القضايا الحقيقية والحكم في القضايا الحقيقية مشروط بوجود موضوعه ، بالإضافة إلى أن التعليق واقع في بعض العقود والابتعاثات ، كالوصية والتدبير والنذر والمهد واليمين ، وأضاف إلى ذلك : أن الإجماع الذي ادعاه جماعة على بطلان العقد المعلق لو صح أن الفقهاء مجمعون على ذلك ، فأنما هو من حيث بنائهم على أن التعليق يتنافى مع الجزم الذي لا بد منه في إنشاء المعاوضة ، والإجماع بعد الإطلاع على مندرجه يسقط اعتباره كدليل شرعي لإثبات الأحكام ، نعم الذي يمكن الاعتماد عليه لإبطال العقود المعلقة ، أن التعليق في العقود المتعارفة بين الناس غير متعارف بين المتعاقدين ولم تغير العادة على استعماله في العقود ، وهذه الملاحظة بصح العقد المعلق غير مشمول لأدلة العقود والعناوين الأخرى لجواز أن يكون المراد منها العقد المتعارف الذي اعتاد الناس على استعماله (٢) .

واستطرد يقول : ومن هذا البيان يظهر وجه الصحة فيما لو علق العقد على ما يتوقف صحته عليه سواء كان المعلق عليه معلوماً أو مشكوكاً لجريان العرف والعادة على التعليق عليه ، سيما إذا كان مشكوكاً فإن طريق التخلص منوط به ، ونرى وقوعه كثيراً بين عامة الناس وبعد كونه متعارفاً يصدق العقد عليه فتشمله

---

(١) انظر المكاسب للشيخ الأنصاري ، شروط العقد .

(٢) لا يخفى أن تعليق التثا إذا لم يكن خلافاً للعقد ولم يتنافى مع إنشاء التملك كما يفترض في منية الطالب فعدم كونه متعارفاً بين الناس لا يمنع من صدق العقد عليه إذا توقفت فيه أركان العقد وشروطه .

## أدلة العقود والتأويل الأخرى (١) .

وقد فصل الشافعية بين التعليق على مشيئة الموجب أو المشتري بشرط أن يكون هو المنشأ أولاً وبين التعليق على مشيئة الله أو على شرط لا يقتضيه العقد ، فحكموا بطلان العقد في الصورة الثانية وصحته في الأولى ، وجاء في النص الفقهي المنسوب إليهم : هو أنه لا يضر تليد اللفظ بالمشيئة كقوله : اشتري مني إن شئت ، ولكن بشروط أربعة .

الأول : أن يراد الشرط في كلام المنشئ للعقد أولاً سواء كان بائعاً أو مشترياً الثاني : أن يخاطب مفرداً ، فإن خاطب بها جماعة فلا يصح العقد ، الثالث : أن يرد الشرط بصيغة الخطاب ، الرابع : أن يتأخر الشرط عن الصيغة المقررة بالشرط سواء كانت إيجاباً أو قبولاً ، أما إذا كان التعليق على مشيئة الله أو على أمر آخر يقتضيه العقد ، كما لو قال : بعثك إن شاء فلان مثلاً ، فلا يصح العقد .

وجزم الحنابلة بصحة العقد الملحق على مشيئة الله من غير فرق بين أن يكون التعليق من البائع أو المشتري (٢) .

وقال الدكتور سليمان مرقس : وكذلك يسقط التعبير بوجه عام إذا كان من وقت صدوره معلقاً على شرط يتخلف هذا الشرط ، ومثل لذلك با إذا باع انسان داره لشخص بثمان مائة إذا انتقل من البلد الذي هو فيها ، فإذا لم ينتقل من البلد يسقط التعبير إيجاباً كان أو قبولاً (٣) ومن ذلك تبين أن التعليق على شرط ونحوه لا يبطل العقد سواء كان من طرف الموجب أو القابل ، وإنما يبطل الإيجاب أو القبول الملحق إذا لم يحصل الشرط مهما كان نوع ذلك الشرط ، كما هو مفروض المثال .

(١) انظر مشيئة الطالب ص ١١٢ و ١١٣ .

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة الجزء ٢ ص ١٥٨ و ١٥٩ .

(٣) نظرية العقد ص ١١٢ .

## التطابق بين الإيجاب والقبول

### ١٧

لا بد في تكوين العقد باعتبار أن الإيجاب والقبول من أركانه الأساسية من موافقة كل منهما للآخر ، لأن الإرادة الظاهرية التي تدل عليها صيغة العقد تعكس إرادة المتعاقدين ، فلو اختلف الإيجاب عن القبول لا يمكن من تلك الصيغة أن نكتشف إرادتهما الموحدة ، ولا يكون كل منهما لازماً بما ألزم به نفسه للآخر ما دام الطرف الآخر لم يستجب لازماً ، وقد نص فقهاء الشيعة على وجوب التلبد بهذا الشرط في مقام التعاقد في أكثر المجاميع الفقهية .

قال الشيخ مرقص الانصاري في المكاسب : ومن جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب والقبول فلو اختلفا في المضمون بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري أو الثمن والمنمن ، أو توابع العقد من الشروط فقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد ، ومن أمثلة ذلك ما لو قال البائع بعث الدار لموكلتك فقبل الطرف الآخر لنفسه أو لشخص آخر لم يكن مقصوداً للبائع ومن أمثلة ذلك ما لو قال البائع بعثك الدار بكذا دوماً فقبل البائع نصفه بنصف الثمن الذي عينه البائع إلى غير ذلك من أمثلة عدم التوافق بين الإيجاب والقبول ، وقد عُلل ذلك بأن العقد امر واحد مركب من إيجاب البائع وقبول المشتري ، فإذا لم يلتزم المشتري بما ألزمه به البائع ألزم به نفسه ، يكون في هذه



الحالة قد التزم بأمر جديد لم يلتزم به البائع فلا يحصل التعاقد بين الطرفين ، لأن العقد يتكون من إيجاب البائع وقبول المشتري فكل من الإيجاب والقبول متمم للأخر ، فإذا لم يتوافقا لا يرتبط أحدهما بالآخر ، ويستثنى من ذلك ما إذا كان الاختلاف بينها لا يرجع إلى أركان العقد كالمعوضين . أو المتعاقدين ولا إلى شروطه كما لو اعتقد البائع أن المال يزيد وهو في واقع الأمر لعمد فتوجه لزيد باعتباره المالك للثمن وأنشأ البيع فقبل عمر باعتباره المالك للثمن الذي هو العوض عن المبيع ، فهذا الاختلاف لا يوجب التباين في محل الإيجاب والقبول ، لأن المقصود بالبائع هو المالك الحقيقي للثمن وتمامه لزيد مثلاً باعتباره هو المالك باعتقاده ، فاختلاف القبول عن الإيجاب يرجع إلى الاختلاف في التطبيق لا غير (١) .

وقد فصل بعض الفقهاء بين ما لا يتحقق العقد بدونه ، وبين غيره من الشروط والأوصاف ، فلو رجع الاختلاف بين الإيجاب والقبول إلى الأجزاء التي يتكون منها العقد يظل في هذه الحالة ، وإن رجع إلى الشروط والأوصاف كما لو أوجب البائع بشرط يرجع إلى الثمن مثلاً أو وصف فيه ، وقبل المشتري بدون الشرط أو الوصف فلا يظل العقد من أساسه ، لأن فروق الأوصاف والشروط لا يوجب البطلان بناء على أن إيجاب البائع ينحل إلى أكثر من إيجاب واحد فيكون العقد صحيحاً فيما اتفق فيه إيجاب البائع مع قبول المشتري ، ولكنه تردده فيه أخيراً (٢) .

ونص الشيخ محمد حسن في الجواهر: أن التطابق الذي لا بد منه بين الإيجاب والقبول هو بالنسبة إلى المبيع والثمن لا في كل شيء ، لأن الفقهاء قد اتفقوا على صحة الإيجاب بلفظ بيعت والقبول بلفظ اشتريت ، والمراد من المطابقة بينهما هي التي لو لم تحصل لا يكون القبول الصادر من المشتري قبولاً لإيجاب البائع ، ولا

(١) انظر المكاسب ومنية الطالب ص ١١٤ .

(٢) انظر نيج الفقهاء للسيد الحكيم ص ١١٢ .

إيجاب البائع موافقاً لقبول المشتري ، ومن أمثلة ذلك كما جاء في الجواهر : ما لو قال أحدهما بعثك هذين العقارين بألف فقبل أحدهما بخصمائه ، ولو توجه بالإيجاب إلى شخصين ، فقال بعثكما هذين العقارين بألف فوم فقبل أحدهما بنصف الثمن ، ولو قال بعثك بعشرة دراهم فقبل بأكثر من هذا المبلغ لا يصح العقد أيضاً لعدم موافقة القبول للإيجاب ولكنه ترده أخيراً في هذا الفرض من حيث أن المشتري قد قبل بإيجاب البائع ، والزيادة التي وقعت منه إذا لم يرض بها البائع تكون مغلغة ، وهذا بخلاف الفروض السابقة فإن القبول الصادر من المشتري لا يعبر عن إرادته ، ومعلوم أن العقد إنما يؤثر الأثر المقصود منه عندما تلتقي الإرادتان ، إرادة البائع والمشتري على أمر واحد (١) .

والظاهر أن هذه المسألة من المسائل المتفق عليها بين فقهاء المذاهب الإسلامية كما يبدو ذلك من النصوص الفقهية التي أوردها الدكتور محمد يوسف في كتابه المدخل ، والسنهوري في مصادر الحق ، فلقد جاء فيه عن الجزء الخامس من البدائع : والذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب ، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع ، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق لقبول المشتري ، فلو قال المالك لرجلين بعثكما هذا العبد أو هذين العبيدين فقبل أحدهما دون الآخر لا ينعقد البيع .

ونص في فتح القدير على أن المشتري ليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا في بعض الثمن لعدم رضا الطرف الآخر بتفريق الصفقة لأن غرضه قد يتعلق بالملء بسبب حاجته إلى الكل وقد أورد مجموعة من النصوص الفقهية وكلها تؤكد هذا الشرط (١)

(١) الجواهر كتاب المتأخر شروط العقد .

(١) انظر مصادر الحق الجزء ٢ ص ٤٦ و ٤٧ .

والظاهر ان الفقه المدني اكثر تصلباً ونسكاً بهذا الشرط من الفقه الاسلامي كما يبدو ذلك من النصوص التي وردت في الوسيط للسنهوري، وفي نظرية العقد للدكتور مرقس وغيرهما ، قال الدكتور مرقس : ويجب ان يطابق القبول في ذلك ما اتجهت اليه ارادة الموجب ، واذا انطوى الايجاب على احكام معينة حدها وفصلها باعتبارها منظمة آثر التعاقد الذي يعرض الموجب ان يرتبط تعين ان يطابق القبول الايجاب في كل التفاصيل التي شملها ، فاذا انعدم هذا التطابق التام امتنع تطابق الارادتين ، ذلك الاقتران اللازم لنشوء العقد .

واضاف الى ذلك : وليس معنى ذلك انه يجب في كل اتفاق تطابق الارادتين في كل المسائل التي تدخل في العقد او تتفرع عنه ، بل تطابقها في المسائل الرئيسية او الأركان التي لا يتم العقد بدون الاتفاق عليها ، وفي حال عدم اختلافها في المسائل التفصيلية لوجود التطابق والتوافق بشأنها ، او من جهة ارجائها الى ما بعد انعقاد العقد ، وفي هذه الحالة الاخيرة يتم العقد ، ولا يؤثر في انعقاده تعذر الاتفاق على المسائل المرجأة ما دامت نية العاقدين لم تنبج الى جعل انعقاد العقد معلقاً على شرط حصول الاتفاق على تلك المسائل ولما ان ترجعا في المسائل المرجأة الى القاضي ليحل بينها فيها كما نصت على ذلك المادة ٩٥ من القانون المدني . (١)

وقال السنهوري في الوسيط : اذا اختار المشتري ان يقبل وجب ان يكون قبوله مطابقاً للايجاب مطابقة تامة ، وان يكون متفقاً كل الاتفاق مع الموجب في جميع المسائل التي تناولها الايجاب ، وقد تضمنت المادة ١٣٧ انه لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان اتفاقاً تاماً على كل المسائل التي تفاوضا فيها بشأن العقد ، اما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت هذا

---

(١) انظر نظرية العقد ص ١٢٢ ، والمدخل لدراسة نظام للمعاملات ص ٣٢٤ و ٣٢٥ .

الاتفاق في ورقة مكتوبة ، و اضاف الى ذلك . انه ليس من الضروري لايام  
العقد ان يتم الاتفاق على جميع هذه المسائل مسألة مسألة ، فقد نصت المادة ٩٥ من  
القانون المدني الجديد على انه اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في  
العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم  
عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد تاماً ، والذي يبرر هذا الحكم هو ان هذه  
المسائل ليست جوهرية في العقد ، واخيراً انتهى الى النتيجة التالية .

يجب ان يكون القبول مطابقاً للإيجاب على النحو الذي قدمناه ، اما إذا اختلف  
عنه زيادة او نقصاناً او تعديلاً فان العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً  
يتضمن ايجاباً جديداً ، وهو الذي تقضيه المادة ٩٦ من القانون الجديد (١)

وجمل القول ان القوانين المدنية الحديثة والقديمة تعتبر موافقة القبول للإيجاب  
في المسائل الجوهرية التي تحقق أغراض المتعاقدين كالثمن والمبيع وتوابعها وغير  
ذلك من الأركان التي لا بد منها في العقود ، اما المسائل الأخرى سواء اتفق  
عليها الطرفان قبل الإيجاب أو تركا الاتفاق عليها إلى ما بعد إبرام العقد ، فعدم  
موافقة القبول للإيجاب بالنسبة إليها لا يمنع من إتمام العقد وتأثيره ، وهذا النص  
يتفق مع الرأي الذي تبناه بعض فقهاء الشيعة ، ومنهم الشيخ في الجواهر ، فلقد  
اختار في الجواهر ، ان التطابق بين الإيجاب والقبول لا بد منه بالنسبة إلى المبيع  
والثمن لا مطلقاً وفي كل شيء ، بما لا يرجع إلى الأركان والشروط التي تحقق غرض  
المتعاقدين ، كما وان السيد الحكيم في نهج الفقاهة قد عرض هذه الفكرة في سياق  
حديثه عن هذه المسألة ، ولم يجزم بها .

ومما كان الحال فالمراد من موافقة القبول للإيجاب هو المطابقة بينها بنحو

---

(١) انظر الوسيط ص ٢١٨ و ٢١٩ و ٢٢٠ .

يكون القبول الصادر من المشتري قبولاً بالإيجاب الصادر من البائع ومعبراً عن إرادتها المتجهة إلى المبادلة والمعاوضة من الطرفين ، ولا يتم ذلك إلا بعد موافقة القبول للإيجاب من حيث الأركان وغيرها من الصفات المحقة لأغراض المتعاقدين، أما التقييد بالألفاظ الصادرة من الموجب وبعض الخصوصيات الأخرى التي لا يتوقف عليها تكوين العقد ولا تقتضيها طبيعة المعاوضة هذا النوع من الموافقة ليس من شروط العقد ولا تتوقف عليه صحة المعاوضة .

\*

\* \*

## بقاء المتعاقدين على صفة الأهلية الى ان يتم العقد

### ١٨

ومن جملة الشروط التي لا بد منها في تكوين العقد المؤثر شرعاً وقانوناً ، هو بقاء كل من المتعاقدين صالحاً للايجاب والقبول إلى حين انتهاء العقد ، ذلك انه لو عرض الجنون والاضواء أو السفه ونحو ذلك من العوارض على أحد الطرفين قبل إتمام العقد لم يعد صالحاً للانشاء المطلوب منه فلا يتم العقد موضوع الاثر الشرعي على الايجاب وحده ولا على القبول وحده ، لان الآثار المقصودة للمتعاقدين والتي أقرها الشرع والقانون عند حصول أسبابها انما تترتب على العقد المؤلف من ايجاب احدهما وقبول الآخر ، فلو لم يكن الموجب صالحاً حين انشاء المشتري بأن عرض عليه الجنون أو غيره من عوارض الأهلية قبل صدور القبول من المشتري يسقط ايجابه عن الاعتبار ، وكذلك فيما لو عرض على المشتري ما يمنع من صحة تصرفاته فلا يتم العقد بينهما .

قال الشيخ مرتضى الانصاري : ثم ان عدم قابليتها ان كان لعدم كونها قابلياً للخطاب ، كاللوث والجنون والاضواء والنوم فالوجه في اعتبار هذا الشرط عدم تحقق المعنى المقصود من المعاقدة والمعاودة في مثل هذه الحالات الطارئة ، وان كان من جهة عدم الاعتداد براضاها كالحجر عليهم لسه أو تقيس أو لمرض أو لعروض الرقية على البائع أو المشتري ، من حيث ان التراضي من شروط صحة المعاوضة ، والتراضي الحاصل منها مع وجود أحد هذه العوارض مسلوب

الاثر بنظر الشارع ، فيكون المبرع لبقاء كل من المتعاقدين على صفة الاهلية ، هو عدم حصول العقد منها والحالة هذه ، لان العقد المؤثر بنظر الشارع هو الكاشف عن رضا الطرفين بالمعاوضة ، واذا طرأ على احدهما ما يمنع من الاعتداد برضاه كما هو المفروض فلا يكون العقد الحاصل بينهما موضوعا للأثار الشرعية ولم يفرق الشيخ الانصاري وجماعة من الفقهاء بين عوارض الاهلية بجميع صورها واشترط بقاء كل من المتعاقدين سليما منها الى ان يستكمل العقد جميع اركانه ومقومات وجوده .

وقال السيد كاظم في حاشية المكاسب : ان عدم صدق العقد بطرو هذه العوارض انما يتصور في مثل النوم والاعماء والجنون ، اما لو طرأ السفه او الفس او الاسترقاق على احدهما قبل تمام العقد ، فالمعاملة تتم ولو مع طرو هذه الحالات ولكن نفوذها يتوقف على اجازة الولي بالنسبة لسفيه ، وصاحب الحق في المال بالنسبة الى المفسد والمولى بالنسبة الى العبد لأن المانع من نفوذ التصرفات بالمال في مثل هذه الحالات انما هو لأجل المحافظة على حق المالك ، لا لصور في المتعاقدين عن قابلية التعاقد كما هو الحال بالنسبة الى الجنون والنوم والاعماء ، ولذا فان الشارع قد انشاءهم واعتبره بمنزلة العدم (١) .

ويطرد اعتبار هذا الشرط في جميع العقود ، لان التعاقد مع الغير لا بد فيه من ان يكون كل من المتعاقدين ملتفتا وقاصدا لما يلتزمه للطرف الآخر والقصد الى التعاقد لا يتحقق من العاقل الرشيد مع من هو كالجدار كما هو الحال في النائم والمغشى عليه والجنون ونحو ذلك ، والظاهر انه لم يشذ عن هذا المبدأ الا مسألة قبول الوصي له بعد موت الموصي ، حيث انه من المتفق عليه بين الفقهاء الجعفرين ، انه لا يشترط في صحة الوصية ان يقع قبول الموصى له في حياة الموصي ولو وقع في حياته فقد نص جماعة على انه لا بد من تجديده بعد موت الموصي ،

---

(١) انظر حاشية السيد كاظم ونهج الفقهاء للسيد المحمدي .

ووجه أكثرهم على أن الوصى له اذامات قبل القبول ينتقل الحق في قبول الوصية لوارثه اعتماداً على رواية محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر (ع) وقد جاء فيها : أن أمير المؤمنين علياً (ع) ؛ قضى في رجل أوصى لأخيه والموصى له غائب وقد توفي قبل الموصي ، أن الوصية لو ارث الذي أوصى له أث يرجع في وصيته قبل موته (١) .

ومقتضى ذلك أن الإيجاب الصادر من الموصي لا يسقط بموته ، أو بموت الموصى له قبل القبول ، ولكن ثبوت ذلك في الوصية لا يصلح أن يكون تخصيصاً للقاعدة العامة الثابتة في العقود ، التي هي عبارة عن بقاء المتعاقدين أهلاً للتعاقد ليبدأ به العقد ، ذلك لأن حقيقة الوصية إلى الغير ، هي الإبقاء إليه بتنفيذ شؤونه بعد موته ، والوصية بهذا المعنى أشبه بالإقاعات منها بالعقود ، كما وإن الوصية التمليلية عبارة عن تملك المال إلى الغير بعد موت مالكه ، ولا بد من القبول فيها من جهة أن ادخال شيء من المال في ملك شخص بدون رضاه يلزمه التسلط على الغير ، ولم يحتمل أنه لأحد سيلاً على غيره ، فالوصية التمليلية بواقعها وسط بين العقد والإيقاع ، فهي من حيث توقفها على رضا الموصى له وقبوله تشبه العقود ، ومن حيث أنها عبارة عن تملك الغير بعد الموت ، ولا تتضمن معنى المعاقدة والمعاهدة على التملك ، فهي من هذه الناحية تشبه الإقاعات كالطلاق والعق ونحوهما (٢) .

والظاهر اتفاق المذاهب الأربعة على هذا الشرط ، لأنهم يعتبرون سلامة المتعاقدين من الجنون والاعماء والنوم شرطاً في صحة العقد، وسلامتها من العوارض الأخرى شرط في لزومه .

وقد نص الشافعية على أن من شروط صحة العقد استمرار أهلية المتعاقدين

(١) انظر بلغة لقلبيه لسيد محمد بحر العلوم كتاب الوصية ص ٣٦٣ و ٣٦٥ .

(٢) انظر حاشية المكاسب للشيخ محمد حسين الاصطهاني .



إلى أن يتم القبول ، فلو قال البائع للمشتري بعتك العقار بكذا مثلاً ثم عرض عليه الجنون قبل أن يقبل المشتري يبطل العقد (١) .

وقال الدكتور محمد يوسف : وقد يحدث ان لا يبقى الموجب أهلاً للتعاقد بعد إيجابه كما لو جن أو مات قبل قبول الطرف الآخر فهل يبقى لإيجابه قائماً والحال هذه ؟ في الفقه ان إيجابه يبطل حينئذ ، فلو قبل الطرف الآخر لا يتم العقد ، لان قبوله لم يلاق إيجاباً قائماً ، حيث ان ذلك الايجاب قد ذهب بخروج صاحبه عن أهلية انشاء العقد ، وأضاف إلى ذلك : ان في ابطال هذا الايجاب تضييماً لحق الغير وهو الطرف الآخر ، فلماذا لا يعتبر موجوداً حكماً حتى إذا قبل من وجه إليه يتم العقد ؟

واستطرد يقول : وبما يجب ان نلاحظه هنا ان الجاري في مذهب مالك ان الموجب لو عدل عن إيجابه قبل تعبير الطرف الآخر عن إرادته لم يعتبر رجوعه ، وكان لصاحبه القبول لو أراد لتعلق حقه بإيجاب الأول ، ومن باب أولى على ما نرى ان يعتبر ايجاب من خرج عن الأهلية قائماً ، فانه قد تنأكد في حالة الرجوع ان الموجب لا يريد انشاء العقد ، على حين ان في حالة فقدان الأهلية لا تنأكد من ذلك ، والراجع بحكم الاستصحاب انه سيبقى مصرأً على ايجابه لو بقي على أهليته (٢) .

ويلاحظ ان الدكتور محمد يوسف يعتمد على الاستحسان في ترجيعه لبقاء الايجاب بعد خروج الموجب عن أهلية التعاقد ويقدم مصلحة الطرف الآخر في هذه الحالة ، وقد فاته ان انشاء الايجاب من طرف المالك بمجرد لا يؤثر النقل ولا التملك ما لم ينضم إليه الجزء الآخر من الانشاء ، لان التملك المقصود من العقد لا يحصل إلا بعد تمامه من الطرفين ، فاذا فقد أحدهما أهلية التصرف

---

(١) الفقه على المذاهب الاربعة جزء ٢ ص ٢٦٥ .

(٢) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٣٢٨ .

والمعاوضة يسقط انشاؤه عن الاعتبار ، ولم يعد صالحاً للتأثير فيما لو انضم إليه الجزء الآخر ، على ان التعاقد لما يتم بالقبول كما ذكرنا ، ولا يتحقق القصد من المشتري لإنشاء التمليك في حالة خروج الموجب عن أهلية التعاقد .

وقد أكد وحيد الدين سوار : ان جمهور فقهاء السنة يشترطون لصحة القبول بقاء الموجب والقابل حائزين على شرائط الأهلية إلى ان يتم العقد ، ولم يشذ عنهم إلا فقهاء المذهب الإباضي من الحوارج ، فقد جاء عنهم : ان الإيجاب إذا صدر من البائع ومات أو عرض عليه الجنون قبل القبول من المشتري يستقل الإيجاب وتبقى له آثاره فيما إذا انضم إليه القبول من طرف المشتري ، وقد أورد بعض النصوص الفقهية لمشاهير الفقهاء التي تؤكد بطلانه إذا فقد أحد المتعاقدين أهلية التصرف بأمواله قبل تمام العقد ، وأضاف إلى ذلك : ان قانون الأحوال الشخصية السوري قد بنى الرأي الشائع بين الفقهاء ، ونصت المادة ١١ منه على بطلان الإيجاب إذا فقد الموجب أهليته قبل القبول ، أو حصل منه ما يدل على اعراضه عن العقد (١) .

وقال السهوري : ان سقوط الإيجاب بموت الموجب أو جنونه معمول عليه في القانون المدني العراقي ، ولكن القانون المصري بقي متمسكاً بالإيجاب الصادر من الموجب مهما طرأ عليه أو على القابل بعد ذلك ، وقد جاء في المادة ٩٢ من القانون المدني المصري : انه إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل ان ينتج التعبير أثره فلان ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بن وجه إليه (٢) .

وقال الدكتور مرقس : ان القانون المدني بعد ان أقر اعتراضاً شديداً رؤي

---

(١) التيسير عن الإرادة لوحيد الدين سوار ص ١٠٩ و ١١٠ .

(٢) مصادر الحق ص ١٣ .

قصره على حالة مالو مات من أصدر التعبير أو فقد أهليته ، دون مالو مات  
الموجه إليه أو فقد أهليته ، وأصبح النص النهائي للقانون المدني ، انه إذا مات  
من وجه التعبير أو فقد أهليته قبل وصول التعبير إلى علم سقطة التعبير ولم ينتج  
أثره ، وإذا مات الموجه إليه التعبير أو فقد أهليته بعد وصول التعبير إلى علمه ،  
فان كان التعبير قبولاً أنتج أثره وانعقد به العقد قبل موت الموجب ، وإذا كان  
إيجاباً أنتج أثره وكان لورثة الموجه إليه إذا علم بالإيجاب ومات قبل القبول ان  
يقبلوا التناقد ، ونص السهوري في الوسيط ان هذا التفصيل كان نتيجة لاقتراح لم  
توافق عليه لجنة القانون المدني ، لان التعبير عن الارادة متى صدر صريحاً ارتبطت  
به مصالح لا يجوز اهدارها بسبب حادث طارئ وهو موت من صدر منه هذا  
التعبير أو فقد أهليته من غير فرق بين طرو هذه العوارض على من صدر منه  
التعبير وبين طروها على من وجه إليه (١) .

\*  
\* \*

---

(١) انظر نظرية العقد ص ١١٧ والوسيط ص ١٨٦ حاشية رقم ١ .

## الفصل الثالث في المتعاقدين

### الارادة وأثرها في العقود

١٩

هذا العنوان لم يرد في الفقه الجعفري ولا في فقه المذاهب الاسلاميه الأخرى وقد اعتبر الجعفريون في فقههم قصد المتعاقدين للدلول العقد من الشرائط التي لا بد منها في صحة المعاملة والمراد من قصد المتعاقدين ان المعنى الذي تدل عليه صيغة العقد المؤلف من ايجاب البائع وقبول المشتري هذا المعنى لا بد وان يكون مراد الكل منهما ومقصوداً من قبل الطرفين، لذلك اخترنا هذا العنوان لهذه المسألة .

وجمل القول فيها . ان ارادة المتعاقدين اي كون المعنى المدلول عليه بالصيغة مراداً ومقصوداً منها من الأمور الخفية القائمة بالنفس، فلا بد لها من مظهر وكاشف بأحد الوسائل المتعارفة لتأدية المعاني والقائما الى مخاطبين كالالفاظ والكتابة والإشارة وغير ذلك من وسائل البيان والإظهار ، ومعلوم ان الارادة الحقيقية من العناصر الأولية التي لا بد من احرازها أولاً وقبل كل شيء لتريب الآثار على العقود وغيرها من انواع المعاملات والكلام ، ولكن الارادة القائمة في نفس المتعاقدين لما كانت من الأمور التي يصعب الإطلاع عليها بدون مظهر لها . فقد اعتبر الشرع والقانون طريقة العرف والعقلاء الجارية بينهم على الاعتماد على الألفاظ وغيرها من الوسائل الكاشفة عن مراد المتكلم ، وعلى هذا الأساس يجري التفاهم

بين الناس وتنجلي المقاصد والأغراض وتتشأ العقود وتتم الإتفاقات ، وتؤخذ الأحكام من مصادرها ، وقد بحث الأصوليون هذه المسألة في كتب الاصول بحثاً وافياً يحيط بجميع جوانبها ، ومن ذلك تبين ان ارادة المتعاقدين ما دامت قائمة بالنفس لا يتوجب عليها شيء من الآثار ، ولا تكون موضوعاً لحكم من اي نوع كان الا بعد التعبير عنها بوسيلة من الوسائل المتعارفة بين الناس في التعبير عن الارادة وتجهيذا لهذه الحقيقة لا بد من الإشارة الى الأمور التالية .

الأول : ان التكلم قد يصدر منه اللفظ من غير ان يكون قاصداً مختاراً في ذلك ، كما لو صدر منه غفلة او غلطاً وسهواً ونحو ذلك .

الثاني : ان يصدر منه عن قصد واختيار مع الجهل بالمعنى الموضوع له ذلك اللفظ ، ولا يلزم من ذلك دلالة اللفظ على معناه في هذه الحالة ، ذلك لأن دلالة اللفظ على معناه من خصائص نفس اللفظ ، ولا تتوقف على ارادة المتكلم له او فهمه لذلك المعنى ، والذي يتوقف على فهم المعنى هو استعمال اللفظ في المعنى ، لأن حقيقة الاستعمال هو إلقاء المعنى بالالفاظ من غير ان يكون منظوراً اليه لذاته .

الثالث : ان يكون اللفظ والمعنى مقصودين للتكلم ، ويصدر اللفظ منه بقصد الحكاية عن تحقق المعنى في الخارج أو الذهن ، أو بقصد ايجاد المعنى المقصود من الألفاظ بنحو يكون الاستعمال بهذا القصد ، فلماذا صدر الكلام بدون قصد إليه كما في كلام النائم والمجنون والعبي الصغير ، ففي هذه الحالة يكون بمكمل المحملات التي لا تصلح لأن تستعمل في شيء ، على ان كلام النائم والمجنون والصغير ليس محلاً للأثار الشرعية ، فكما لا يصح العقد من هؤلاء لا يصح منهم الطلاق والعتق والايراء والإقرار وغير ذلك ، قال في الجواهر : لا يصح طلاق الجنون والسكران ومن زال عقله بانمحاء أو نوم أو شرب مرقه ، لعدم القصد الذي لا بد منه في ترتيب الآثار ، بالاغصاة إلى النصوص الكثيرة التي تصرح بأنه لا طلاق

لهم (١) .

وقد فصل فقهاء السنة بالنسبة إلى السكران بين أن يسكر لعند شرعي وبين أن يسكر تشبهاً ، فإن كان تشبهاً وبلا مسوغ شرعي ، فتصح منه جميع التصرفات كالطلاق والبيع والاجارة واليمين والنكاح وغير ذلك تأديباً له وعقوبة على جريمته ، ولم يخالف بذلك سوى البعض من فقهاء المالكية والحنابلة وعليه العمل في المحاكم المصرية ، وإن كان السكر لسبب مسوغ لشرب المسكر فلا تصح تصرفاته في هذه الحالة (٢) .

وإذا صدرت الألفاظ من المتكلم عن قصد واختيار من غير أن يكون عارفاً بمعانيها بأن لفنها شخص لآخر وأنشأها الثاني جاهلاً بمعانيها ، كما لو قال بعت أو أجرت ووقفت وهو لا يعرف مدلول هذه الألفاظ ، فلا تكون في هذه الحالة موضوعاً للأثار التي رتبها الشارع على العقود والايقاعات ، ولا بد في الألفاظ الكاشفة عن المقاصد والأغراض أن تكون مقصودة وأن يكون المتكلم عارفاً بمعانيها ، وإن يقصد مدلول تلك الألفاظ على سبيل الحكاية أو الإيحاء ، بحيث يكون الدافع له على استعمال اللفظ في المعنى الحكاية عن وجود مدلوله في موطنه من ذهن أو خارج ، أو يقصد إيجاد المعنى المقصود من بعت وقبلت مثلاً ، وهو النقل والانتقال ، باعتبار أن هذا اللفظ ونحوه قد أصبح آلة وطريقاً لإنشاء المبادلة بين الأموال ، فلم يقصد المنشأ ذلك بأن كان هازلاً أو لاغياً لا يترتب الأثر الشرعي على الألفاظ ولو كان المتكلم عارفاً بمعانيها وقاصداً للتلفظ بها .

قال الشيخ مرتضى في المكاسب : ومن جهة الشروط قصد المادلول العقد الذي تلفظ به ، واشترط القصد بهذا المعنى في صحة العقود بل في تحقق مفهوم العقد بما لا خلاف ولا اشكال فيه ، فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ كافي

---

(١) انظر الجواهر كتاب الطلاق .

(٢) انظر احكام المعاملات للشيخ علي الحلي ص ٧٦ .

الغالب ، أو إلى المعنى ، بل لا بد بالإضافة إليها من كون ذلك المعنى مقصوداً  
أو مراداً للعائد ، وبمجرد إيجاد المعنى باللفظ لا يكفي في صدق العقد .

وقد فصل بعض فقهاء السنة فيما لو تخلفت الإرادة المبرزة باللفظ عن الإرادة  
الباطنية بين طلاق المازل وبقيّة عقوده فعكسوا بصحة الطلاق  
الصادر منه هؤلاء وبدلون قصد ، وفساد جميع عقوده والحق بعضهم النكاح  
بالطلاق .

قال في اعلام الموقعين : فأما طلاق المازل فيقع عند الجمهور ، وكذلك نكاحه  
كما جاء به النص (١) وهذا هو المحفوظ عن الصحابة والتابعين ، وحكاه أبو حفص  
أيضاً عن أحمد وهو قول أصحابه وطائفة من أصحاب الشافعي على أن طلاق  
المازل يصح دون نكاحه ، ومذهب مالك الذي عليه العمل بين أصحابه . أن  
هزل النكاح والطلاق لازم بخلاف البيع ، وقال أبو الخطاب في انتصاره : يصح  
بيعه وطلاقه ، ومن قال بصحته فقد قاس سائر التصرفات على النكاح والطلاق  
والرجعة ، وقد علل ذلك في اعلام الموقعين بأن المازل قد أتى بالكلام غير مازم  
بحكمه ، وترتيب الأحكام على الأسباب يعود للشارع لا للعائد ، فإذا أتى بالسبب  
لزمه حكمه شاه أم أبي (٢) .

وجاء في الفقه الإسلامي للاستاذ محمد سلام : أن بعض المالكية لا يرتبون أنراً  
على عقود المازل وجميع أبقاعاته سواء تعلقت بها حق الله أو حق عباده (٣)

وقال الاستاذ محمد يوسف : إذا لم تتفق الإرادة الظاهرية مع الإرادة الحقيقية

---

(١) المزاود من النص الذي أشار إليه ما جاء عن أبي العوداء : ثلاثة لا لعب فيهن الطلاق  
والمعاق والنكاح ، وجاء عن ابن مسعود كما في رواية أبي حفص : النكاح جده ولم يه سواء .

(٢) انظر اعلام الموقعين جلد ٣ ص ١٣٦ .

(٣) للتعبير عن الإرادة ص ٣٩٥ .

للمتعاقدين كما لو اتفقا في عقد النكاح على مهر سر أو عقداً على أكثر منه جهرة ، لا يجب أكثر من المهر السري المتفق عليه ، ولا يبطل عقد النكاح في المقام لأن المزل بالمهر دون العقد ، على أنه لو كان في العقد نفسه لما أبطله لأن فيه حق الله ، فلا يؤثر فيه المزل عند الجميع ، وأضاف إلى ذلك : أن الأحناف والخنابلة وبعض المالكية لا يرون المزل في الطلاق والزواج والرجعة والعتاق واليمن مبطلاً ، وإن المزل والجد فيها سواء (١) .

وقال الأستاذ وحيد الدين سوار : أن الفقهاء المسلمين وقفوا من العقود للصورة موافق ثلاثة فتنهم من ذهب إلى صحتها معتداً بإرادة المتعاقدين الظاهرية ، ومنهم من ذهب إلى بطلانها معولاً على إرادتها الباطنية ، ومنهم من توسط الأمرين فذهب إلى فسادها .

والذين ذهبوا إلى تصحيح العقد الصوري كل من الشافعي في قوله الأصح ، وأبو حنيفة كما نص على ذلك ابن قدامة في المجلد الرابع ص ٢١٤ من المغني (٢) ، وأبو الخطاب من الخنابلة ، والدودري من المالكية ، وقد سلك كل واحد من هؤلاء مسلكاً في البحث الموصل لهذه النتيجة ، فتنهم من صححها تحييزاً للإرادة الظاهرة التي تعكس بالألفاظ ، ومنهم من استند في تصحيحه للعقد الصوري على قياس الاتفاق السابق على العقد على الشرط الفاسد المتقدم على العقد ، فكما بلغوا الشرط إذا وقع العقد خالياً عنه ، فكذلك الاتفاق السابق المعبر عن الإرادة الباطنية للمتعاقدين يقع لغواً ويصح العقد وإن لم يكن معبراً عن إرادتها ، والمراد من العقد الصوري الوارد في هذه المذاهب الأربعة ، هو أن يتفق المتعاقدان على أن العقد الذي سيقع منها لغو لا يعبر عن إرادتها ، ويقع بينها العقد صورة ،

(١) المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٣٤٨ من المغني لابن قدامة .

(٢) ولكن الدكتور محمد يوسف موسى لم يقر ابن قدامة على هذه النسبة ، وأورد نصوماً للذهب الحنفى مفادها أن الأحناف يقولون ببطلان العقد الصوري انظر في ذلك التعبير عن الإرادة ص ٢٩٨ .



وهذا النوع من العقود هو المعروف بعقود التلجئة باعتبار ان الطرفين يلجئان إلى  
التفاهم السابق منها على صورة العقد (١) .

وجاء في النص الفقهي للشيخ الشيرازي أحد فقهاء الشافعية : وصورة بيع التلجئة ان  
يتفق المتعاقدان على ان يظهر العقد لسبب من الاسباب ولا يترب عليه أي أثر  
من الآثار ، فإذا عقدها انعقد عندئذ ويطل الاتفاق السابق ، وكذا لو اتفقا على  
ان البيع بآل وعقدها بالعين ، وجاء في البدائع والمغني لابن قدامة عن أبي حنيفة  
ان هذا النوع من البيوعات صحيح كغيره من العقود المقصودة للمتاعدين ،  
لأن ما شرطاه في السر لم ينصا عليه في العلانية ، والآثار الشرعية امرها بيد الشارع  
فله ان يلزم بها المتعاقدين ولو لم تكن مقصودة لها (٢) .

وقد أوردنا بعض النصوص الفقهية للملكية والحنابلة التي تصرح بصحة طلاق  
المآزل ونكاحه وبعض عقوده .

وجاء في التعبير عن الإرادة لوحيد الدين سوار : ان كلا من مالك وأحمد بن  
حنبل والشافعي في أحد قولي لا يمتدون بالإرادة الظاهرة في العقود الضرورية  
ويرونها باطلة ، وقد نقلنا بعض النصوص الفقهية كما أوردها ابن القيم وغيره وهي تصرح  
بصحتها في النكاح والطلاق دون البيع ، كما نقلنا عن الأحناف بالنسبة إلى البيع  
ما يشير إلى صحتها كبيع التلجئة ونحوه ، ومهما كان الحال فالذي يصح نسبته إلى  
الأحناف مجموعهم أنهم سلكوا طريقاً وسطاً بين القائلين بالبطلان والقائلين  
بالصحة ، وذلك أنهم يدعون ان العقد يتصف بالبطلان والفساد والصحة ، فيكون  
صحيحاً إذا كان صالحاً لترب الآثار الشرعية عليه كما اذا تكون من إيجاب  
وقبول بشروطها من حيث تطابقها وصدورها في مجلس واحد على محل ممكن

---

(١) انظر التمييز عن الإرادة ص ٣٩٦ وما بعدها .

(٢) المصدر السابق ص ٣٩٨ وما بعدها .

الوجود ومعين يقبل المعاوضة بنظر الشارع ، بشرط ان يكون المتعاقدان صالحين  
للتصرف غير مكروهين ولا هازلين إلى غير ذلك من الشروط الراجعة إلى العاقدين  
والمعوضين ، ويكون باطلا إذا اختل ركن من أركان العقد كما لو صدر من ليس  
له أهلية التصرف كالصبي الصغير والمجنون ، أو كان محله مقتونا بالجهالة أو الغرر ،  
أو كان مما ألقي الشارع ماله به بنحو لم يعد صالحا للمعاوضة ، ويكون فاسداً  
إذا وجدت أركانه ومحله وتحقق مضاه ، كما لو باع شخص داره أو كتابه إلى غيره  
بشمن مؤجل إلى وقت مسيوره ، فقد أنشأ البائع عقداً توافرت فيه أركانه من  
الاجاب والقبول الصادرين من أهلها على المل المعين الصالح للمعاوضة ، ولكن  
حيث اقترن البيع بوصف منهي عنه وهو التأجيل إلى أمد مجهول ، وكان  
ذلك مؤدياً إلى النزاع والتخاصم لم يكن العقد صحيحاً بتمام مراتب الصحة ولا  
باطلاً من الأساس ، لأن النهي لم يتجه إلى العقد من أساسه بل اتجه إلى صفة مقتونة  
بالعقد ليست دخيلة في أركانه وأجزائه ، فالعقد الفاسد ليس باطلاً من الأساس  
ولا محققاً لتمام رغبة المتعاقدين .

ومجمل القول ان العقد عديم لحاظين ، فمرة يلاحظ من حيث اصله وأخرى من  
حيث وصفه ، فاصله هو ما يتكون منه كالاجاب والقبول بشروطهما وكونها  
صادرين من له أهلية التصرف ، بدون جبر أو اكراه ، ولحاظه من حيث وصفه ،  
بأن لا يكون في ضرر في تسليم المعوضين خالياً من الغرر والربا والشروط  
الفاسدة ونحو ذلك ، فإذا اختل ركن من أركانه أو شرط من شرائط انهما  
العقد من أساسه ، وإذا اختل وصف من أوصافه ، كما لو كان ضرورياً أو غريباً  
أو اقترن ببعض الشروط الفاسدة يكون العقد فاسداً ، والفرق بين الباطل  
والفاسد ، ان العقد الباطل فاسد من أساسه ، لا يصلح أن يكون موضوعاً لأي  
أثر من الآثار الصحيحة ، والفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه وتلقاه  
الاجازة والرضا وتترتب عليه بعض الآثار المقصودة للمتعاقدين .

ومن خصائصه انه قبل القبض لا أثر له من جميع وجوهه ، ولكل من

المتعاقدين ان يتمسك بنفسه ، ولا تثبت فيه الشفعة ولا ينتقل به الملك ، وله وجود شرعي بالإضافة إلى وجوده المادي ، ولولا وجوده لما كانت الحاجة داعية لفسخه ، ولكن وجوده ضعيف ولا سيما قبل قبض المبيع ، فإذا تم القبض بإذن البائع يقوى وجوده لأن المتعاقدين قد أكدّا نيتها على تنفيذه بالرغم من فساد ، على أن هذا التنفيذ لا يعتبر اجازة للعقد ، ويبقى لكل منهما حق الفسخ ، إلا إذا كان فساد لوجود شرط فاسد فيه وزال المفسد بتراضيها ، وأضاف وحيد الدين سوار إلى ذلك : ان العقد الفاسد من أسباب الملك في الجملة ولكنه ملك من نوع خاص ليس كذلك الذي يترتب على العقد الصحيح ، ملك يجوز لكل منها التراجع فيه بفسخ العقد ، مضمون بالقيمة لا بالثمن ، يفيد اياحة التصرف بالموضين ، وتبدو فكرة هذه الملكية بوجه خاص عندما يتصرف المشتري بالمبيع إلى شخص آخر حيث ينفذ تصرف المشتري في حق البائع ، ويبدو أيضاً في حالة تغير المبيع في يد المشتري بالشراء الفاسد ، إذ يترتب على هذا التغير حماية المشتري نفسه وثبات ملكيته واستقرارها بعد ان كانت مزعومة مهددة بالفسخ (١)

ومما كان الحال فالذي يدعيه الأحناف ان العقود الصورية بجميع أشكالها من العقود الفاسدة لأن العقد تام بجميع أركانه وشروطه ، ولم يفقد إلا الارادة الباطنة ، وهي رغبة المتعاقدين وقصدهما إلى المعاوضة بين ماليهما ، فان رضا بعد ذلك بالعقد انقلب صحيحاً ، لأن الفساد كان بسبب عدم الرضاء والرغبة لوجود المزل ، وقد زال بالإعراض عنه ، والرغبة في أحكام العقد (٢) .

ومن الموارد التي تتخلف فيها الصيغة عن الارادة الخطأ الواقع من العاقد في مقام التعبير عن ارادته ، وقد عرفه صدر الشريعة في متن التلخيص . بأن يفعل

(١) انظر مصادر الحق جزء ٤ ص ١٨٧ وأحكام الماملات الشرعية لملي الحنيف ص ١٢٨ و ١٢٩ و ١٣٠ و ١٣٢ .

(٢) الملكية ونظرية العقد للاستاذ محمد ابي زهرة صفحة ١٩٢ وأحكام الماملات الشرعية لملي الحنيف صفحة ٢٢٥ و ٢٢٦ .

فعلاً أو يتكلم بكلام من غير أن يكون قاصداً له ، وعرفه السهري في مصادر الحق . بأنه مغايرة التعبير الذي صدر منه لتعبير الموافق لارادته ، وعرفه آخرون بما هو قريب من ذلك ، والمعنى المتحصل من تعاريفهم ، بأنه عبارة عن تخلف الصيغة عن المعنى المراد انشائه بالعقد غلطاً منه ، وقد مثلاً له بما لو قال انسان لزوجه اسقي الماء فغلط وقال لها انت طالق : وبما لو قال الأب للغاطب زوجتك ابنتي رفا ، وهو يقصد ابنته ندا ، وفي المثالين لا يمنع هذا الغلط من وقوع الطلاق في المثال الاول وصحة النكاح في الثاني عند الاحناف ، وجاء في البدائع : ان العمد ليس بشرط ، أعني يجوز نكاح الخاطيء وهو الذي يسبق لسانه كلمة النكاح من غير قصد ، لأن الثابت بالخطأ ليس إلا القصد وهو ليس بشرط لصحة النكاح ، بدليل صحة نكاح المأزول .

ومن أمتة الغلط ما لو توجه الغلط على محل العقد ، كما لو كان لشخص بنتان وأراد تزويج الكبرى منها فأوقع العقد على الصغرى صح العقد بالنسبة لها ، وكما لو قال انسان لآخر : زوج بنتك لابني ، فقال زوجتك قاصداً ابنه ، فإذا قبل الأب يصح النكاح له دون الابن ، ولو طلقها الأب لا تصح لولده لأن معقودة الأب تحرم مؤيداً على أولاده ، ومن أمتة ذلك : ما لو قال زوجتك ابني لابنتك فقبل الأب يصح له دون الابن كما جاء في الدر المختار ، لاستاد الضمير اليه ، (١) ويبدو ان الاحناف يعتدون بيمين الخاطيء والمأزول كما نص على ذلك في البدائع ، وبالنسبة إلى المعتق ، فقد روى محمد بن الحسن عن أبي حنيفة انه لا يصح منه إذا وقع غلطاً ، وروى عنه أبو يوسف انه يصح كالطلاق .

أما الغلط في العقود كالبيع ونحوه ، فلو ادعاه أحدهما وصدقه الطرف الآخر ، فقد اختلفت آراء الاحناف في ذلك ، فرجح بعضهم قياسه على عقد المكره بمعنى

(١) الدر المختار ج ٢ صفحة ٢٨٢ و ٢٨٣ كما جاء في التمييز عن الارادة لوحيد الدين سوار صفحة ٤٢٧ .

(٢) المصدر السابق صفحة ٤٣٠ و ٤٢٩ .

انه يتمعد ولا ينفذ ، كما نص على ذلك البزوهي ومثلا خسرو ، فيكون العقد فاسداً لغوات الرضا ووجود الاختيار فيه ، كالكره لأن التلفظ به ليس من لوازم الطبيعة ، بل هو نتيجة حركة اختيارية ، كما نص على ذلك في كشف الاسرار ج ٤ ص ٣٨١ ، وفي مرآة الاصول ص ٣٥٨ (١) .

وذهب آخرون من الاحناف إلى قياسه على عقد الهازل بمعنى انه يكون فاسداً مثله وأسوأ حالاً منه لأن الخطيء ليس بقاصد للفظ ولا لحكمه ، ومع ذلك فهو ملحق به في الحكم فلا ينتقل المبيع إليه بالقبض كالهازل ومثلا لذلك جالو أراد ان يقول :- سبحانه الله فجرى على لسانه بعت هذا منك بألف وقبل الطرف الآخر (٢) .

وهناك رأي ثالث اختاره جماعة ومنهم الاستاذ علي الحنيف ، وهو بطلان عقد الخطيء لأن الخطيء لا إرادة له ، وهو مغلوب على أمره في اغترافه عن - التعبير المقصود إلى غيره (٣) .

وذهب الشافعية والحنابلة وابن حزم الظاهري إلى عدم الإعتداد بمعاودة الخطيء عملاً بالإرادة الباطنة المقدمة على الإرادة الظاهرة المستفادة من ظاهر اللفظ ، كما تنص على ذلك كتب الأحناف (٤) .

وأكد ابن القيم الفقيه الحنبلي وجوب الأخذ بالإرادة الباطنة وعدم جواز التمويل على الصيغة الصادرة خطأ ، وقال في اعلام الموقعين : ان فعل الناسي

---

(١) المصدر السابق .

(٢) انظر صفحة ٤٣٥ من التمييز عن الإرادة .

(٣) انظر احكام الماملات الشرعية صفحة ٢٢١ .

(٤) انظر التمييز عن الإرادة ، حيث نقل ذلك عن التقدير والتجبير ، وكشف الاسرار والبدائع ، ولكن النصوص التي اوردتها وحيد الدين سوار عن الشوافع صريحة في وجوب العمل بالإرادة الظاهرة في التصرفات في صورة الخطأ في التمييز انظر صفحة ٤٣٨ من الكتاب المذكور.

والخطيء بمنزلة فعل النائم في عدم التكليف ، وقد رتب الله الاحكام على الالفاظ من حيث دلالتها على قصد المتكلم وإرادته ، فإذا تبيننا انه قصد الكلام ولم يقصد المعاني ، فإن الشارع لا يلزمه بما لم يقصده ، وعندما تعلم ان المعنى لم يكن مقصوداً له لم يميز ان نجعل اللفظ دليلاً على ما تبيننا خلافه (١) .

وجاء في المحلى لابن حزم الظاهري : ومن طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق لكن أخطأ لسانه فإن قامت بينة قضى عليه بالطلاق ، وإن لم تقم عليه بينة لم يلزمه الطلاق ، برهان ذلك قول الله عز وجل : ليس عليكم جناح فيما أخطأتم ولكن ما تعمدت قلوبكم ، وقول الرسول (ص) إنما الأعمال بالنيات ، ولكل امرئ ما نوى .

وقد فصل الدكتور محمد يوسف بين ما لو كان مرجع الغلط إلى اختلاف جنس المبيع مثلاً وبين ما لو كان مرجعه إلى اختلاف وصفه ، وجزم بطلان العقد في الاول وصحته في الثاني مع ثبوت الخيار للمشتري في الفسخ ، ومثل لذلك بما لو اشترى رجل داراً على انها مبنية بالاسمنت المسلح فتبين انها مبنية بالحجارة والحشب ، وعد ذلك من نوع الغلط في الجنس وحكم بطلان العقد من أساسه لفوات المثل الذي اتجهت إليه لإرادة المشتري ، ومثل للثاني بما لو باع انسان حيواناً على انه ذكر فبان انثى ، فالعقد في مثل ذلك صحيح وللمشتري الخيار في فسخ العقد ، لانه لم يقدم عليه إلا لانه ذكر وقد فاته هذا الوصف ، هذا بالنسبة إلى العقود التي يدخلها الخيار كالبيع وغيره ، اما العقود التي لا تقبل الفسخ كالنكاح مثلاً ، فانه يقع لازماً إلا عند أحمد بن حنبل فقد جوز الفسخ للطرف الثاني ، ومن أمثلة ذلك ما لو تزوجت فتاة شاباً على ان أتم تعليمه العالي وليس به ما يحل بالخلق والكرامة ، فبان لها بعد العقد خلاف ذلك ، أو تزوج الشاب فتاة

---

(١) انظر اعلام الرقعة ح ٤ صفحة ٧٢ .

على انها بكر فبانت ثيباً (١) .

ويسمى الدكتور السنهوري في كتابه مصادر الحق : الغلط في الجنس والغلط مع التفاوت الفاحش ولو كان الجنس واحداً هذان النوعان من الغلط يسميهما بالغلط المانع ، ويقصد من هذه التسمية ان هذين النوعين من الغلط يمنعان من صحة العقد، ويمثل لذلك بن باع ياقوتاً أو ماساً فبين المشتري بعد ذلك انه زجاج، فيبطل العقد في مثل ذلك لانعدام المحل الذي اتجهت إليه لإرادة المشتري ، اما إذا اتحد الجنس واختلف الرصف ، وكان التفاوت بين فاقد الوصف وواجده يسيراً ، فإن البيع يتم بينها ويقع صحيحاً ، والمشتري الخيار بين الالتزام بالعقد وبين فسخه ، ومن أمثلة ذلك ما لو باع ياقوتاً أحمر فبان انه أصفر ، أو عبداً كاتباً فبين انه فاقد لهذه الصفة ، فمحل العقد موجود لم يتخلف منه إلا الصفة المرغوبة للمشتري ، فإذا ثبت له الحق في فسخ العقد والتحلل منه يتمكن من تدارك الغبن اللاحق به بسبب فسخ العقد واسترجاع ماله ، وأضاف إلى ذلك ان الميعار في كون الغلط مؤثراً في صحة العقد، هو ما لو كان جوهرياً يبلغ بنظر المتعاقدين حداً انها يتتبعان عن لورام العقد لو كانا على بينة من الأمر قبلها ، وقد نصت المادة ١٢٠ من القانون المدني الحديث على ان للمتعاقد إبطال العقد إذا كان الغلط جوهرياً (٢) .

وجعل القول : ان الفقه الجعفري لا يقدر الألفاظ كما يتهمه بعض المؤلفين في العقود ، ولا ينظر إليها لذاتها ، ويعتمد على لإرادة المتعاقدين ويبالغ في احترامها ، ولكنها لما كانت من الأمور الحفية التي لا بد لها من مظهر ، وكانت

١ - انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٤٠٣ و ٤٠٤ .

٢ - انظر مصادر الحق ص ٢ ص ١١٢ الى ١١٧ و ص ١٠٦ ونظرية العقد للدكتور

مرفس ص ٢٤٨ .

الألفاظ هي السبيل الأنفل الحاكي عما في النفس ، لذلك رتب عليها الشارع الآثار واعتبرها في مختلف المواضع بصفتها معبرة عن إرادة المتكلم وكاشفة عن أغراضه ومقاصده ، إلا إذا تبين أن المتكلم لم يأت بها لهذه الغاية ، كما لو صدرت منه خطأ أو على سبيل الغر والمزل ، ففي مثل هذه الحالات تسقط قيمة الألفاظ ولا يكون لها أي أثر عند الشارع من غير فرق بين العقود بجميع أنواعها والإيقاعات على اختلافها ، وعلى هذا الأساس ، كان عقد السكن والمأزل والمطبخ والتأتم والمجنون ونحو ذلك ممن يتكلم بالألفاظ من غير قصد لها ولا لمعانيها ليست موضوعاً للآثار الشرعية دنيوية كانت أو أخروية ، ولا يمكن أن ينظر إليها بعد ذلك ما يجعلها في مصاف العقود الصحيحة ما دامت حين صدورها فاقدة للعنصر الأساسي الذي لا بد من توفره حين إنشاء العقد للتعبير عما في النفس .

أما أقسام الخطأ التي ذكرها السهوي وغيره والتي عدد فيها الفلظ في القيمة أو الباطن ، هذه الأصناف من الفلظ لا توجب بطلان العقد عند الفقهاء الجعفرين لوجود القصد في هذه العقود إلى الألفاظ ومعانيها ووقوعها بقصد المبادلة بين المالكين ، والفلظ الحاصل منها قد نشأ عن جهل البائع أو المشتري في هذه الموارد ، هذا النوع من الفلظ الناشئ عن الجهل يجعل العقد قابلاً للإبطال ، بمعنى أن المشتري الفالظ أو البائع لو فرض كون الفلظ من جانبه ، يحق لها أن يفسخا العقد ليتداركا ما يلحقها من الحيف والضرر المترين على هذه المعاوضة ، ويلتقون بذلك مع الفقه المدني ، فإن المادة التي أشرنا إليها تنص على أن العاقد الذي وقع في الفلظ له أن يبطل العقد ويتحلل منه ، أما إذا كان الفلظ في التعبير ، كما لو قال الأب للمغاطب زوجتك ابنتي زينب ، وهو يريد غيرها ، وقبل منه الزوج مع العلم بأن المراد ابنته الثانية هذا النوع من الفلظ وأمثاله مقصد للعقد لعدم كون المعنى مقصوداً للمتعاقدين ، والقصد من الشروط التي لا يمكن تجريد العقود منها ،



والكلام بعينه يجري بالنسبة إلى الإيقاعات ، فلو أراد الزوج ان يقول لزوجه  
اسفني الماء ففقط وقال لها أنت طالق ، لا يقع الطلاق ، ولا تترتب أحكامه ،  
وقد ذكرنا ان الاحناف قد رجعوا وقوع النكاح والطلاق في المثالين وتحيزوا  
إلى الالفاظ متجاهلين إرادة المتماقدين ومقاصدهما ، متمسكين بالإرادة الظاهرية  
التي لا تفك عن إنشاء اللفظ سواء طابعت الإرادة الباطنية العامة في نفس المتكلم ،  
أو تخلفت عنها .

\*

\* \*

## نظرية السبب في العقود

٢٠

لقد اهتم المؤلفون في الفقه المدني بهذه النظرية اهتماماً بالغاً ومجتهداً بحثاً مسهباً في جميع مؤلفاتهم حول العقود وعرضوا المراحل التي مرت إلى ان انتهت للمرحلة الأخيرة التي أقرتها القوانين المدنية الحديثة .

وبعمل القول في ذلك ، ان السبب بمعنى عند الفلاسفة والمتكلمين ، هو ما كان علة لوجود شيء آخر ، وكون الشيء علة لغيره ، مرة يكون بوجوده التكويني سبباً موجداً له كالتأثير بالنسبة إلى الإحراق ومرة يكون بالجلل الشرعي أو العرفي كما هو الحال بالنسبة إلى العقود والإيقاعات على اختلاف أنواعها ، فإن اعتبار العقد ملكاً لكل من البائع والمشتري للبيع وقته ، لقا هو بالإعتبار العرفي الذي أقره الشرع والقانون ، وهكذا الحال بالنسبة إلى العقود التي تم بإرادة واحدة ، والإيقاعات التي اعتبرها ورتب عليها آثارها وأحكامها ، كالطلاق الموجب لحل عقد الزواج ، والعقود الموجبة للعربة ونحو ذلك ، وبهذا المعنى ورد استعمال السبب في مجاميع الفقه الشيعي ، كما سنعرض ذلك بعد حديثنا عن المراحل التي مرت بها هذه النظرية .

قال الدكتور سليمان مرقس في نظرية العقد ، والسنهوري في الوسيط : ان لفظ السبب يمكن ان يراد منه أصل الشيء ومصدره وبهذا المعنى يصدق على العقد

لأنه سبب من اسباب كسب الملكية ، وليس هذا المعنى هو المقصود بالسبب في المقام ، والمعنى المراد منه عندما يتحدثون عنه كركن من أركان العقد أو من أركان الالتزام ، هو عبارة عن الغرض الذي من أجله وقع العقد أو الالتزام ، ويعبرون عنه بالباعث الدافع إلى التعاقد ، وهذا المعنى للسبب هو آخر ما وصل إليه الفقه المدني بعد المراحل الطويلة التي مر بها والتطورات التي عرضت عليه من الفقهاء الغربيين وغيرهم (١) .

وبجمل المراحل التي مرت بها نظرية السبب ، هو أن اللغواين الرومانية في أوائل عهدها لم تكن تعرف على هذه النظرية ، لأن العقود كانت شكلية ولم يكن لإرادة أي كائن دخل في تكوينها ، ثم ظهرت عندهم في عقود البيع والإيجار والشركة والوكالة ، ففي عقد البيع اعتبر التزام البائع سبباً للالتزام المشتري ، فإذا هلك المبيع قبل التزام البائع لا يبقى محل للالتزام المشتري في هذه الحالة لانعدام سببه ، لأن البائع يتمتع منه الالتزام بسبب هلاك محله ، فينحصر أثر السبب في تكوين العقد إذا تم تكوين العقد بتوافر السبب ، بمعنى أنه إذا تم التزام البائع وجد السبب للالتزام المشتري ، وبعد غامية العقد بتوافر سببه تكون التزامات كل من الطرفين مستقلة عن التزام الطرف الآخر ، فإذا استحال على أحدهما الوفاء بالتزامه لا يؤثر ذلك على التزامات الطرف الآخر ، فلا يجوز لأحد المتعاقدين في ظل هذه النظرية أن يتمتع عن دفع الثمن حتى إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع ، وهكذا الحال بالنسبة إلى البائع ، كذلك ليس لأحدهما فسخ العقد إذا لم يقيم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه ، وإذا هلك المبيع وهو في يد البائع كان من المشتري ، وقد تناول فقهاء الكنيسة فكرة السبب بعد أن اعتبروا الإرادة المقام الأول في تكوين العقد واشتراطوا في إرادة العاقد أن تنجم إلى تحقيق غاية مشروعة من العقد ، فظفروا إلى الغرض الباعث على التعاقد ، فإن كانت مشروعة مضى العقد وائر اثره ، وإلا كان باطلاً ، وبذلك يكون السبب عندهم عبارة عن الباعث الذي دفع المتعاقدين على التعاقد ، وبقيت نظرية السبب بمعنى

١ - انظر مصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم ص ٢١٩ .

الباعث على العقد والالتزام إلى حدود القرن السابع عشر ، فرجع بها بعض الفقهاء الفرنسيين وهو «دوما» إلى معناها الروماني ، ونص على أنها في عقود المعاوضات عبارة عن التزام كل من الطرفين بما التزم به الآخر ، وفي عقود التبرعات كالجهة وغيرها هي نية التبرع ، ومضى التشريع الفرنسي على ذلك إلى أواخر القرن الثامن عشر ، وفي أواخره ابتداء المحجوم عليها من رجال القانون ، وظهرت عليهم الخصومة لنظرية السبب ، وانتصر لها جماعة من الفقهاء حاولوا إصلاح النواحي التي كانت هدفاً لمجوم خصومها إلى أن استقرت أخيراً في القوانين الحديثة على الباعث الدافع إلى التعاقد ، وطرح النظرية التقليدية في السبب (١) على حد تعبير السنهوري في الوسيط ص ٤٥١ .

فالسبب بالمعنى الروماني المعبر عنه بعد المراحل الطويلة بالنظرية التقليدية موضوعي داخل في العقد ، أما السبب بالمعنى الثاني الذي انتهى إليه الفقه الحديث وأقره القوانين المدنية الجديدة في فرنسا وغيرها فهو ذاتي خارج عن العقد وقائم بنفس المعاهد يختلف باختلاف الأشخاص .

قال السنهوري في الوسيط : وما دامت الإرادة قد أصبحت حرة طليقة في أن تنشئ ما تشاء من التزامات لا بد لها من باعث يدفعها إلى الالتزام ، فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا الباعث مشروفاً ، وأن يكون الغرض الذي ترمي الإرادة إلى تحقيقه لا يجرمه القانون ، ولا يتعارض مع النظام العام والآداب .

---

١ - ولقد مررنا من النظرية التقليدية ، هي النظرية الرومانية التي تعتبر السبب عبارة عن التزام البائع بالسبب لازماً المشتري ، ونية التبرع في عقود التبرعات كالجهة ونحوها ، وإنما سمي السبب بهذا المعنى بالنظرية التقليدية ، لأن رجال القانون في القرن السابع والثامن قد رجعوا إليها بعد أن ماتت تقريباً من عهد فقهاء الكنيسة الذين فسروا السبب بالدافع إلى حدود القرن السابع عشر ، فأحيوها دوماً ومن تابعه من الفقهاء أمثال نابليون وغيره ممن الكثرين .

ومها كان الحال ، فالسبب في العقود وان صح ان يراد منه العقد الذي ينشأ به التعاقدان المبادلة بين المالين كما نص على ذلك الدكتور مرقس في نظرية العقد ، والسنهوري في الوسيط ، ولكنه بهذا المعنى ليس مقصوداً من اتجاه المدينين الغدامي والمحدثين ، وإنما المقصود منه في اتجاههم هو ، اما الغرض القريب الذي يسمى إليه التعاقد ، ففي عقد البيع مثلاً يكون السبب في التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بتسليم الثمن ، كما وان سبب التزام المشتري بتسليم الثمن هو التزام البائع بتسليم المبيع ، والسبب بهذا المعنى هو الذي أقره مبدئياً القوانين الرومانية وادخلت عليه بعض التعديلات من بعض المشرعين الفرنسيين وغيرهم ، بعد المجهوم العنيف عليه من المشرع البلجيكي «ارنست» والفقيه الفرنسي «بلانيول» واتباعها ، وكان من جملة التعديلات التي ادخلت عليه التعديل الذي ادخله «كاييتان» فنص في العقود المأذمة للجانبين : أن السبب في التزام أحدهما هو تنفيذ الالتزام من الطرف الآخر ، واعتمد في هذا التعديل على انه لو اعتبرنا كل من الالتزامين سبباً للآخر يتم العقد بمجھول الالتزامين المتقابلين ، فلا يبقى مسوغ لتدخل من العقد فيما إذا طرأ ما يوجب عدم وفاء أحدهما بالتزامه ، ومن شأن هذا التعديل جعل التعاقب والارتباط بين العقدتين مستمراً الى ان يتم تنفيذ التزامات الطرفين ، ومن هذا الارتباط المستمر يثبت الحق لكل منهما بفسخ العقد إذا أخل أحدهما بتنفيذ التزامه ، وينفسخ العقد اذا هلك محل أحد الالتزامين ، او أصبح للتنفيذ مستحيلاً لسبب لاحق للعقد .

وفي عقود التبرعات كالهبة ونحوهما ، فقد اعتبر الباعث عليها سبباً لها اذا اشترط الواهب على الموهوب له امرأ ، كما لو وهب شخص ماله لشخص على ان يبني فيه معبداً ، فيكون انشاء المعهد سبباً للهبة ، فاذا لم يتحقق يسوغ للواهب فسخ الهبة واسترجاع ماله ، واذا لم يشترط الواهب شيئاً ، يكون السبب فيها نية التبرع التي هي عبارة على العزم على دفع المال بدون مقابل (١) .

١ - نظرية العقد ص ٢٠٨ ومصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم ص ١١١ و ١١٢ .

أما الفقه المدني الجديد فقد انحاز إلى مذهب فقهاء الكنيسة في السبب واعتبره عبارة عن الباعث إلى التعاقد ما دامت الإرادة لا بد لها من باعث يدفعها، ولا بد فيه أن يكون مشروعاً لا يحرمه القانون ولا يتنافى مع الآداب والنظام العام، ولا بد في بطلان العقد إذا لم يكن الباعث مشروعاً من علم الطرف الآخر بذلك، وقد مثّلوا له بالو وقوع عقد البيع أو الإجارة على منزل يريد المشتري أو المستأجر أن يتخذه محلاً للمهارة، فإن الباعث على العقد غير مشروع، ويتنافى مع الآداب العامة، ولكن بطلان العقد في المقام لثابت إذا كان البائع عالماً بذلك لكي يتحقق السبب المتنافي للآداب من طرفه، ومن أمثلته أيضاً ما لو اقترض إنسان من شخص مالا لفرض المقامرة فيه، ولكن المقرض عالماً بالقاية من هذا القرض (١).

ومن مجموع ذلك تبين أن فكرة السبب في العقود متفق عليها بين المدنيين والشرعيين، والسبب في الفقه العربي سواء أريد به الباعث على التعاقد الخارج عن حقيقة العقد، أو أريد به المعنى الروماني للسبب بآله من التطورات التي عرّضت عليها من المشرعين الغربيين كما ذكرنا، هذا المعنيان لسبب الذات بجسها الفقه الغربي وأعطاهما تلك الأهمية البالغة قد تعرض لها الفقه الإسلامي الجعفري في خلال مباحث العقود ولكن لا بعنوان السبب، وأعطاهما حقها فيما يعود إلى النتائج الفقهية المترتبة عليها، ولا سيما فيما يعود إلى السبب بمعنى الدافع الباعث على التعاقد كما انتهت إلى ذلك النظرية الحديثة في السبب عند المدنيين، ذلك لأن هذه النظرية في السبب حسب اصطلاحهم تتجه انحصاراً كلياً نحو المبدأ العام المتبع عند

---

١ - لا يغني أن بطلان العقد في هذين الفرعين وإثباتهما متفق عليه بين فقهاء الجعفريين. قال في منية الطالب: «كل فعل لا يقع الحرام به، بل يتوقف على أمور والأفعال الأخرى، كبعض المنع من يجعله خيراً، إذا قصد البائع تمكين المشتري من فعل الحرام، هذا الفعل وإن لم يكن تصام الفعل للحرام، إلا أنه يكون محرماً لكونه من صفات المعاونة على الإثم» .. ومن أثير مصاديق القائمة العامة يبيس السداد للمعاونة والقراض المال للمقامرة ونحو ذلك مما يكون الدافع على العمل غير مشروع ومضالفاً للنظام العام.

الشرعيين والذي ينص على احترام قصد المتعاقدين وتبعية العقود للقصد ، ولكن الشرعيين لم يعتبروا هذا الارتباط بين العقد ومقاصد المتعاقدين تسيباً ، بل من ناحية احترام ارادة الانسان واعطائها الحق في التصرف وقد أشرنا في أول هذا البحث إلى ان السبب عند الشرعيين هو عبارة عن العلة الموجودة ولو بالاعتبار والجلل الشرعي ، ولذا فقد اعتبروا العقد من أسباب التملك .

قال الخنوساري في منية الطالب : الأمر الثاني قد اشتهر بين الفقهاء ان باب الفاظ العقود وما ينشأ بها باب الاسباب والمسببات ، والمراد من ذلك ان بيعت من البائع بقصد التملك وقبلت من المشتري بقصد انشاء التملك سبب لنقل كل من الثمن والثمن من ماله الاصيل للمالك الثاني .

وقال الشيخ مرتضى الانصاري : بأن الشهيد الثاني قد نص على ان اطلاق البيع بمعنى الأثر على العقد مجاز لعلاقة السببية والمسببية ، ومعنى ذلك ان اطلاق البيع بمعنى الأثر الحاصل من العقد على العقد هذا الاطلاق لا بد وان يكون على سبيل التجوز ، لان العقد سبب لنقل والانتقال وهما مسبيان عنه ، وأضاف إلى ذلك الشيخ مرتضى الانصاري : ان المسبب هو الأثر الحاصل بنظر الشارع عن العقد ، لانه المسبب عنه إلى غير ذلك من النصوص الفقهية التي تكررت من الفقهاء في صدر مباحث العقود ، وقالوا في المسألة المعروفة عند الاصوليين بالصحيح والأعم : ان البيع وغيره من العقود ان أريد بها المبادلة بين المالكين ، فلا مجال للنزاع في انها موضوعة للصحيح أو للأعم منه ومن الفاسد ، ذلك لانها بهذا المعنى لا تتصف إلا بالوجود والعدم ، والذي يقبل الاتصاف بهذين الوصفين هي العقود التي يتم بها انشاء المبادلة بين المالكين المعروفة بالاسباب .

ومع ان الفقه الاسلامي الجعفري قد اعتبر العقود التي بها ينشئ المتعاقدان المبادلة بين المالكين ، واعطاهما صفة الاسباب والملل المولدة ولو بنشر الاعتبار واجعل الشرعيين ولكنه لم يكتب بالعقد بمجرد في حصول المبادلة بين الاموال ،

يل ضم إليه شروطاً في المتعاقدين وفي العوضين ، وأقر مبدأ الرضا في المعاملة كشرط أساسي لا يتم العقد بدونه ، وألقى جميع النواحي الشكلية التي كانت تنظر إليها الشرائع والقوانين القديمة بعين الاعتبار ، ذلك لأن الشريعة الإسلامية رفعت من شأن الإنسان واطلقت له حرية التصرف إلى أبعد الحدود ونظرت إلى تصرفاته من زاوية قصده واختياره ، وأخذت بالالفاظ باعتبارها معبرة عن إرادته في عقود ومائثر شؤونه ، وإلى جانب ذلك فقد فسخ له التشريع المجال لتراجع ، ما دام في مجلس العقد ليحصل له تمام الرضا في المعاملة ، لأن العقد قد يصدر أحياناً بغتة من غير ترو ولا نظر صحيح من العاقدن أو أحدهما ، فاقضت الحكمة أن يكون المتعاقدان في فسخة ليعيدا النظر ويستدرك كل منهما ما قد يظهر له خلال هذه المدة ، واعتبر الشارع مع ذلك كله أن يكون الباعث والواقع على المعاملة مشروعاً وموافقاً لنظام العام والآداب فاجارة الدار للفساد والدعارة واقراض المال للمقامرة وبيع العنب لكي يصنع خمر أو نحو ذلك ، لم يقره الشارع ولم يعتبر العقد فيه مؤثراً في نقل الأموال والأشياء إلى غير ذلك من النظريات التي أخذ بها التشريع الإسلامي وقيد بها سببية العقد وحدت من سلطنة الإرادة ، ومن بين هذه النظريات والقيود التي أدخلها الفقه الإسلامي على العقد بصفته شيئاً مؤثراً في المبادلة بين الأموال ، من بين هذه النظريات ما يقوم بدور السبب في الفقه الغربي ، الذي يؤدي المهمة التي يؤديها السبب في الفقه الإسلامي ، حيث أنهم قد اعتبروا السبب هو التزام كل من الطرفين المسبب عن التزام الآخر (١) أو تنفيذ الالتزام (٢) أو الدافع الباعث على التعاقد (٣) كما ذكرنا ورتبوا على ذلك بطلان العقود التالية :

١- إذا اشترى شخص شيئاً معيناً ثم تبين أن ذلك الشيء قد تلغى قبل العقد عليه ، فيبطل العقد لعدم وجود السبب ، لأن تسليم البائع للبيع هو سبب لالتزام

١ - كما هو في الفقه الروماني .

٢ - كما يرى ذلك أنصار هذه النظرية من الفقهاء الغربيين بسد التعديلات التي أدخلت عليها .

٣ - كما يرى ذلك أنصار النظرية الحديثة في السبب .



المشتري بتسليم الثمن ، ويتعذر تسليم المبيع لا يوجد السبب فيكون العقد باطلاً.

٢ - إذا اعتقد أحد الوراث ان مورثه قد أوصى لشخص بشيء من تركته ، فاشتراه منه ثم تبين بعد ذلك انه لم يوصي له ، فيبطل العقد أيضاً لعدم وجود سببه وهو تسليم البائع المبيع للمشتري .

٣ - إذا استأجر انسان شخصاً على ارتكاب جريمة يبلغ من النقود ، فالعقد باطل لعدم مشروعية السبب وهو ارتكاب الجريمة .

٤ - إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة او بعدم الزنا والسرقة وغير ذلك من المحرمات في مقابل مبلغ من المال ، فيبطل التعهد لعدم تأثير السبب في مثل ذلك .

٥ - لو استأجر انسان شخصاً على عمل مستحيل بحسب العادة ، فالعقد في مثل ذلك باطل لتعذر سببه .

٦ - لو قال ان جشقي بعدي الأبق او بيعيري الشارد او بتاعي الضائع فلك مندي كذا ، فلو كان المتاع او البعير عنده يكون العقد باطلاً لانعدام سببه ، ذلك لأن الجعل الذي التزمه صاحب المتاع ليس سبباً في التزام من عنده المتاع بوجوب رده . لان وجوب رده لملكه واجب بحكم كونه امانة عنده .

وقد حكم الفقه الغربي على هذه الامثلة من العقود بالبطلان لانعدام سببها ، او لعدم مشروعيته كما في بعض الامثلة السابقة (١) اما الفقه الاسلامي فانه يحكم عليها بالبطلان لانتهار العقد من حيث عدم توافر شروطه .

---

١ - انظر مصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم ص ١٩٩ و ٢٠٠ والتعبير عن الإرادة لوحيد الدين سوار ص ٤٨٨ و ٤٨٩ .

ففيما لو تبين فساد المبيع قبل بيعه يبطل العقد ويرجع المشتري على البائع بالثمن الذي دفعه إليه ، لأن البيع مبادلة مال بمال ، ولا تتحقق المبادلة بين المالكين فيما لو تبين تلف المبيع قبل العقد عليه ، قال الشيخ مرتضى الانصاري : إذا تبين فساد المبيع فإن لم يكن له قيمة يبطل العقد لوقوعه على ما ليس بتمول ، هذا إذا تبين فساده ، فلو تبين تلفه قبل وقوع العقد عليه كان أولى بالبطالان لفوات الموضوع من أساسه والظاهر اتفاق الفقهاء على ذلك (١)

والمنتهى من ذلك أن البطلان في هذا الفرض لعدم وجود عله واقعاً ، وفيما لو باع عقاراً معتقداً بأن المالك قد أوصى له به فتبين بطلان الوصية ، أو باع معتقداً بأنه أحد الوراث فتبين أنه ليس يراوث ، فقد تعرض الفقهاء لحكم هذا الفرض في خلال مجتهدهم لعقد الفضولي ، وقد ذكروا في ذلك المقام . أن العقد لا يصح بالنسبة إلى العاقد لعدم كونه مالكاً للبيع ، فلا يمكن دخول الثمن في ملكه وخروج المبيع من ملك غيره ، ويكون العقد بالنسبة إلى المالك فضولياً ، ورجعوا اعتبار هذه النوع من المعاملة من مصاديق الفضولي ، وحكموا بصحته للمالك إذا أجاز العقد الواقع على ماله ، ونص أكثر الفقهاء على بطلان العقد في هذه الحالة ، لأن المنشأ للعقد لم يكن مالكاً للبيع ، ولم يقصد البيع للمالك ليكون العقد من مصاديق عقد الفضولي ، ولا يمكن تجاهل قصد المتعاقدين في المعاولات .

وفي مسألة ما لو وقع العقد على فعل محرم أو فعل واجب ، فقد نص الجعفريون على بطلان العقد في مثل ذلك ، لأن العقد لا يحدث الزاماً في حق الأجير لكون العمل موضوع الإجارة محرماً عليه كما في صورة الاستئجار على المحرم وواجب عليه كما في الاستئجار على ترك الزنا مثلاً ، ويشترط في العمل موضوع العقد أن يكون مملوكاً للأجير وداخل تحت سلطته ، بنحو لا يكون مساوب الاختيار بالنسبة إليه ، وإذا كان محل العقد واجباً يكون الأجير ملزماً به فلا

---

١ - انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري شروط الموصفين .

يكون تركه مقدوراً له ، ولو كان محرماً يكون ملزماً بتركه وفعله ليس داخلاً تحت قدرته شرعاً .

وجمل القول : ان المحرمات بأجمعها لا تصح العقود عليها لعدم كونها مأكولة للمتعاقدين وإذا لم تكن مأكولة فلا يصح تملكها بالعقد وغيره ، فيصكون التزاماً للمؤجر بدفع العوض في مقابلتها تملكاً للعوض بدون مقابل ، وهكذا الحال لو كان موضوع العقد واجباً عينياً على كل مكلف بعينه .

قال الخنوساري في منية الطالب : يعتبر في المعاملة امران ، الأول : ان يكون العمل الذي يأخذ الاجرة عليه ملكاً له ، بأن لا يكون مسلوب الاختيار بإيجاب أو تحريم شرعيين ، لأنه ان كان واجباً لا يقدر على تركه ، وان كان محرماً لا يقدر على فعله .

الثاني : ان يكون العمل ممكن الحصول للمستأجر ، فلو لم يكن كذلك كما لو تعلق به تكليف مباشر لا تصح الاجارة عليه لخروجه عن ملكه في مثل ذلك ( ١ ) .

ومن ذلك تبين ان عقد الاجارة على عمل غير مقدور للاجير بحسب العادة أو عقلاً ، هذا النوع من العقود محكوم ببطلانه ، لأن القدرة على تسليم كل من العوضين من الشرائط المتفق عليها بين الفقهاء ، وكما لا تصح الاجارة في مثل ذلك ، لا تصح الجعالة على عمل واجب على الطرف الآخر ، كما جاء في المثال السابق ، لقد توصل الفقه الإسلامي إلى ابطال هذا النوع من العقود وأوجد لكل من المتعاقدين الخرج لتحلل من العقد ، بواسطة عدم توافر الشروط التي اعتبرها المشرع في العقود ، ومعها لا تحتاج إلى اعتبار الالتزام من كل منها والدوافع الخالصة عن العقد الباعثة على التعاقد أسباباً في العقود كما يدعي انصار نظرية السبب ، على ان الذين

يهاجون نظرية السبب من الفقهاء الغربيين يلتون مع الشرعيين من حيث ان ابطال هذا النحو من العقود لا يتوقف على انعدام السبب الذي هو شرط لصحة العقد ، واعتبار هذه العقود باطلة لانعدام السبب كما قرر ذلك انصار هذه النظرية ، قال « بلانيول » الفرنسي : نستطيع ابطال العقد بفكرة المثل وبفكرة الإرباط بين الإلتزامين ونستغني بذلك عن فكرة السبب فيكفي ان نقول ان الإلتزامين المتقابلين مرتبطان ببعضها بحيث يتوقف مصير احدهما على مصير الآخر ، وفي الحالات التي يدعي انصار السبب بطلان العقد لانعدام سببه ، او لعدم مشروعيته نستطيع ابطال العقد لانعدام محله ، او لعدم مشروعيته ، فلو باع شيئاً لا وجود له يطل العقد ، لأن الإلتزام المشتري كان معلقاً على شرط وهو الإلتزام البائع تجاهه بتسليم المبيع ، وبما ان هذا الإلتزام لم يوجد ، فان الإلتزام الثاني المعلق عليه لا يمكن ان يحصل ، فتنهار الإلتزامات الطرفين في وقت واحد ، وهكذا لو كانت محل احد الإلتزامين غير مقدور ، او كان احد المتعاقدين ملزماً به بنظر الشرع مثلاً كما في الأمثلة السابقة (١) .

ومما كان الحال فالفقه الجمعي كما أوجد الحلول لتخلص من العقد في الموارد التي يدعي انصار السبب فيها ان بطلان العقود لانعدام أسبابها ، كذلك أوجد الحلول لتخلص من العقد في موارد تخلف العقد عن الدافع الباعث على التعاقد الذي يسميه الفقه المدني الحديث بالسبب ، وربط بين الدوافع والعقود اعتقاداً على المبدأ الذي ينص على ان العقود تابعة للقصد ، وقد حدد الفقهاء هذا الارتباط ونصوا في مجاميعهم الفقهية على وجوب مراعاة قصد المتعاقدين واحترامه بمعنى ان المتعاقدين ليس لهما ان ينصرفا في تنفيذ العقد عن المعنى المقصود لهما ، ولا يصح العقد إذا لم ترتب الآثار المقصودة للمتعاقدين عليه ، وهذا هو الذي يعنيه قولهم : العقود تتبع القصد .

---

١ - انظر مصادر الإلتزام لعبد المجيد الحكيم ص ٢٠٢ بينما يدعي انصار السبب بان الإلتزام كل منهما باطل لتخلف سببه كما ذكرنا .

قال في منية الطالب: كل فعل لا يقع الحرام به بل يتوقف على أمور أخرى، كبيع العنب ممن يحمله خراً فهذا لا يتدرج تحت الإعانة على الإثم، إلا إذا قصد به البائع توصل المشتري بالعنب إلى التخمير، وأضاف إلى ذلك: وبالجمله لو لم نقل بجرمة شراء الطعام لتقوي على المعصية، إلا أن البيع بقصد التوصل إلى صدور الحرام من المشتري حرام (١) .

والمقصود من هذا النص الفقهي أن بيع العنب والطعام بذاتها باعتبارهما ليسا علة الحرام لا يجرمان على المالك، ولكنه إذا قصد البائع بالبيع توصل المشتري إلى الحرام والتسبيل عليه بممارسة الحرام، يكون البيع باطلاً وحراماً لأنه قصد به الحرام .

وقال السيد كاظم في المروة الوثقى: الخامس من شروط العقد أن تكون المنفعة مباحة، فلا تصح اجارة المساكن لإحراز المحرمات والدكاكين لبيعها والدواب لحملها والجارية للغناء ونحو ذلك ونحرم الاجرة عليها .

وجاء في منية الطالب، أن تبعية العقد للقصد إنما هي لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الآثار المقصودة عليه، فلا يعقل الحكم بالصحة مع عدم ترتب المقصود عليه، وأضاف إلى ذلك: أن تبعية العقد للقصد في كلمات العلماء لا تختص بالعقد الذي هو من أفراد قوله تعالى: أو فوا بالعقود بل يجري في جميع المنشآت وليست هذه التبعية حكماً تعدياً حتى تختص بمورد دون آخر، بل حكم فطري ارتكازي منشأه أن الموجد الاعتباري إنما يوجد بألة إيجاده إذا صدر عن قصد فتحقق غير ما قصد لا يعقل في طريقة العقلاء، وليس حكم الشارع في باب العقود إلا امضاء ما هو طريقهم (٢) .

ونص الشيخ مرتضى الانصاري في مبحث المعاوضة: بأن الحكم بصحة العقد

١ - منيطة الطالب في شرح المناسبات ص ١٢ و ١٣ من المجلد الاول .  
٢ - المصدر السابق ص ٥٢ .

بإزمه ترتب الأثر المقصود عليه للمتعاقدین .

وقال السيد محسن الحكيم في نبح الفقاهة : ان هذه القاعدة لا تختص بالمقود بل تطرد في جميع الأسباب الإنشائية من غير فرق بين المقود والإيقاعات (١) .

ومن ذلك تبين انه إذا لم يتحقق الغرض المقصود من العقد يكون العقد لغواً ، وان قصد امرأ مشروعاً لا يتنافى مع الشرع والآداب العامة يصح العقد وتترتب عليه آثاره ، اما إذا قصد التوصل إلى غرض يحرمه الشرع والقانون كما لو باع العنب لأجل ان يصنعه المشتري خراً ، أو أجر داره للدعارة أو أقرض ماله للقمار ونحو ذلك من المقاصد التي حرمتها الشرائع والقوانين يبطل العقد لعدم مشروعية الغاية أو الباعث الذي يسميه الفقه المدي في الحديث بالسبب .

قال الدكتور عبد الحميد الحكيم : فالنظرية الحديثة للسبب تسيطر إن نحو ما قررره الفقهاء المسلمون ، ولكنها لم تبلغ بعد الشأو الذي وصل إليه هؤلاء الفقهاء ، فهم قد صاغوا من ذلك نظرية عامة تنطبق على جميع أفعال الإنسان بما فيها التصرفات القولية والفعلية والعبادات وغير ذلك من الأمور ، ونحن نعتقد ان انصار النظرية الحديثة من الفقهاء امثال « اهرنك » و « جوسران » لو اطلعوا على ما يقوله الفقهاء المسلمون في هذا الباب لأبدعوا فيما يقولونه ايما ابداع ، ولصاغوا منه نظرية متأسكة الأجزاء تسيطر على القانون بأجمعه (٢) .

---

١ - نبح الفقاهة ص ٢٢ .

٢ - الوجز في شرح القانون المدني ص ٢٢٢ .

## عيوب الرضا بالعقد

٢١

لقد نص الدكتور سليمان مرقس وغيره على ان عيوب الرضا في القانون الجديد لا تتجاوز العيوب الأربعة التالية :

الغلط والتدليس ، والإستغلال والإكراه ، وهذه العيوب قد نظر إليها الفقه الاسلامي وبخاصة الجعفري بعين الإعتبار ، وحدد موقف المتعاقدين من العقد فيما إذا كان الرضا به مشوباً بأحد هذه العيوب ، وقد تحدثنا في المباحث السابقة بعنوان الارادة وأثرها على العقد عن الغلط وأنواعه ومقدار تأثيره على العقد عند الجعفريين ، بعد ان استعرضنا آراء الاسلاميين والمدنيين فيه .

ويتخلص ما ذكرناه في المبحث السابق ، ان الغلط في العقد إذا رجع إلى عدم القصد للفظ أو للمعنى ، بنحو لم تتعلق ارادته به لا يصح منه العقد ، كما نص على ذلك الشيخ مرتضى الأنصاري في مكاسبه في شروط المتعاقدين .

وإذا رجع الغلط في العقد إلى الغلط في القيمة كالو باع شيئاً ببلغ معين من المال ، ولم يعلم بأن قيمته قد تضاعفت لسبب من الأسباب ، أو رجع إلى الغلط في الباعث ، كالو باع شيئاً بدافع الحاجة الملحة فتبين عدمها ، أو رجع إلى الغلط في موضوع الالتزام ، كالو اشترى خاتمه معتقداً انه من ذهب فتبين انه من نحاس ، هذا النوع من الغلط لا يوجب بطلان العقد ، بل يجعله قابلاً للإبطال ،

في بعض الفروض ، وذلك فيما إذا رجع الغلط إلى تخلف صفة في المبيع مثلاً ، على شرط ان يكون المشتري جاهلاً بأن المبيع فاقد لتلك الصفة (١) وفيما إذا رجع الغلط إلى تبين مادة الشيء موضوع الإلزام يبطل العقد ، لأن إرادة المشتري لم تنجبه إلى المادة الثانية (٢) .

أما إذا رجع الغلط إلى الدافع على التعاقد فلا يؤثر ذلك على العقد ، ولا يعرضه للبطلان ، نعم إذا رجع الغلط إلى القيمة يصح العقد قابلاً للإبطال (٣) وقد أشرنا في البحث السابق إلى الجهات التي يلتقي بها الجمعيون مع غيرهم ممن شرعيين ومدنيين .

### العيب الثاني - التدليس

وهو عبارة عن تضليل العاقد ببعض الوسائل الموجبة لإقدامه على العقد ، باظهار محاسن المبيع ، وستر عيوبه ، وبإيجاد صفة فيه عرضية بقصد ترغيبه في الإقدام على المبيع .

وقد مثل له الفقهاء بما ترك لب الدابة في ضرعها إياماً لغاية اغراء المشتري بها ، وبما لو وصف المبيع بما ليس فيه أو أخفى بعض عيوبه أو زين الجارية ونحو ذلك

١ - ومن امثلة ذلك ، ما لو اشترى خاتماً ذهبياً على أنه ائري ، لم اتضح أنه من الذهب الخالص ولكنه غير ائري ، ونحو ذلك من الامثلة المتشابهة .

٢ - ومن امثله ، ما لو اشترى خاتماً من ذهب فتبين أنه من نحاس .

٣ - وذلك كما لو باع شيئاً لعين معين ، ولم يعلم بأن قيمته قد تضاعفت ، فثبت للبائع الخيار في فسخ العقد من حيث الفبن في قيمة البيع ، اما لو باع شيئاً بدافع الحاجة تبين عدمها ، فلا يؤثر هذا النوع من الغلط على العقد . ومجمل القول : أنه اذا رجع الغلط بجميع صورته الى عدم كون الشيء الذي وقع الغلط فيه مقصوداً للمالذ ومراداً من العقد ، فلا يبعد البطلان في بعض الفروض والخيار في البعض الآخر ، ولذا لم يبلغ الى هذا الحد فلا يؤثر على العقد .



بقصد اغراء المشتري وترغيبه ، وقد نص الفقهاء في ذلك على ان للمشتري الخيار في هذه الحالات .

قال الشيخ محمد حسن في الجواهر : والمشهور بين الاصحاب انه تدليس فيثبت به الخيار بين الرد والإمسك كغيره من أنواع التدليس ، الذي لم أجد خلافاً في ثبوت الخيار به ، بل سمعت الاجماع في التصرية التي هي فرد منه (١) .

ومن ذلك تبين ان التدليس الدافع على التعاقد هو ما لولاه لما أقدم المشتري أو البائع على المعاملة ، هذا النوع من التدليس يجعل العقد قابلاً للإبطال ، بمعنى انه يثبت للدلس عليه الخيار بين فسخ العقد وامضائه .

وقال الدكتور سليمان مرقس : وتنص المادة ١٢٥ من القانون المدني الجديد ، على انه « يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد العاقدين أو نائبه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد » .

وأضاف إلى ذلك : انه لا بد ان تتوافر في التدليس الشروط الثلاثة التالية :

١ - استعمال طرق احتيالية بقصد التضليل .

٢ - ان يكون استعمال تلك الطرق حاصلاً من العاقد الآخر ، أو يكون علماً به .

٣ - ان يكون التضليل الناشئ من استعمال هذه الطرق الإحتيالية هو الدافع على التعاقد .

واستطرد يقول : ان مجرد الكتمان قد يعتبر في بعض الحالات من الطرق

---

١ - والراد من التصرية ، هو ان يترك اللين في صرح النساقة او الشاة ايما لم يوجب المشتري في شرائها ، انظر الجواهر كتاب المساجر ملحقات خيار العيب .

الإحتيالية ، لأن ظهوره يؤثر في إرادة العاقد الآخر ، فيعتبر كأن هذا الأمر فيها من قبيل الطرق الإحتيالية .

وقد نصت المادة ١٢٥ فقرة ثانية مدني جديد ، على أنه يعتبر تدليساً السكوت ممدأ عن واقعة أو ملاعبة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان يورم العقد لو علم بذلك الواقعة أو هذه الملاعبة (١) .

### العيب الثالث من عيوب الرضا - الاستغلال

والمقصود من الاستغلال ، الغبن الواقع في المعاملة ، وهو عبارة عن عدم التعادل بين التزامات كل من العاقدين في العقد الملزم للجائين ، كما لو باع شخص ما يساوي مائة جنيه بسبعين جنيهاً أو أقل من ذلك .

وسنحدث عن موقف الفقه الجعفري من هذا العيب ، وموقف فقهاء المذاهب الأربعة والفقه الوضعي منه في الفصل الأخير من فصول هذا الكتاب .

### العيب الرابع - الإكراه

ومن الشرائط التي لا بد منها في صحة العقد أن يكون المتعاقدان مختارين في إنشاء التملك أو الزواج وغيرهما من العقود والإيقاعات بمعنى أن إرادة المتعاقدين المتجهة نحو المبادلة في البيع والزواج في النكاح والتمليك في الهبة والانتفاع بالعين في العارية والفرقة في الطلاق ونحو ذلك من العقود والإيقاعات ، هذه الإرادة

---

١ - نظرية العقد ص ٢٥٥ و ٢٥٦ ، وقد نقل الشيخ الأنصاري في التكميل من جماعة من الفقهاء : أن من باع شيئاً فيه عيب ولم يبيحه لعل حراماً ، وكان المشتري بالغياً ، وأصاب إلى ذلك : أن كتمان العيب الخفي وهو الذي لا يظهر بمجرد الاختبار التعارف قبيل البيع فحش ، أما العيب الظاهر فإن تركه الظاهر لا يعد تدليساً .

لا بد وان تكون بدافع الرغبة والرضا منها يحصل مدلول العقد، فلو استندت ارادتها او ارادة أحدهما إلى إكراه أو إلجاء من شخص آخر لا ينفذ العقد من حيث أنه يفقد الركن المقوم لصحة المعاملة وهو الرضا بالعقد، والكلام في هذه المسألة بعد افتراض أن العقد جامع لجميع الشرائط والأركان التي لا بد منها في صحة العقد ما عدا الاختيار. وقد ارجع الشيخ الأنصاري الاختيار الذي اعتبره الفقهاء شرطاً لصحة العقد، إلى أن قصد المتعاقدين لمدلول العقد لا بد وان يكون بدافع الرضا وطيب النفس منها يحصل مضمون العقد، ونص على ذلك الشهيديان والعلامة الحلي أيضاً، والنص الفقهي المنسوب إليهم هو أن المكره قاصد للفظ غير قاصد لمدلوله، والمراد من عدم قصد المدلول هو عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد خارجاً لا مجرد الكلام بدون قصد للمعنى كما هو الحال فيمن يتكلم تقليداً أو تلقيناً كالطفل الصغير والمجنون وغوهما. واستدل الشيخ الأنصاري وغيره على اعتبار هذا الشرط بالكتاب والسنة والاجماع.

فن الكتاب قوله تعالى: ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض.

ومن السنة ما جاء عن الرسول (ص) انه قال: لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه، وقوله في حديث الرفع المشهور بين جميع المسلمين، رفع عن امي الخطأ والنسيان وما اكرهوا عليه وما اضطروا اليه، وليس في الحديث ما يشير إلى أن المرفوع هو خصوص المؤاخذه، كما رجح ذلك بعض الشراح لهذا الحديث، ذلك لأنه باطله يشمل الحكم التكليفي والوضعي، ولا سيما بعد أن استشهد به الامام أبو الحسن موسى بن جعفر (ع) على رفع الحكم الوضعي، فقد جاء في رواية البرنطي انه سأل عن الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيازمه ذلك؟ قال (ع) لا: ان رسول الله (ص) قال وضع عن امي ما اكرهوا عليه وما لا يطيقون وما اخطأوا.

فقد نفى وقوع الطلاق والعتق والصدقة من المكره على الحلف واعتبر هذا

المورد من الموارد التي ينطبق عليها الحديث، هذا بالإضافة إلى أن الرواية قد تعرضت لحكم الطلاق من المكره ونصت على عدم لزومه، مع العلم بأن الإكراه إذا أوجب فساد الطلاق الصادر عن إكراه أوجب فساد غيره من العقود الصادرة بهذا الدافع (١)

والمراد من الإكراه المانع من صحة العقد هو أن يتوعد انسان شخصاً إذا لم يبيع ماله، أو يطلق زوجته بضرر في ماله أو نفسه، فينشئ المكره العقد دفعاً للضرر الذي توعد به المكره، ولا بد في الضرر الذي توعد به المكره أن يكون مضرراً بحال المكره في نفسه أو عرضه أو ماله، وأن يكون مضروب الوقوع، ولا فجرد صدور العقد من المالك لدفع الضرر المحدق به لا يوجب بطلان العقد، ذلك لأن أكثر معاملات الناس لدفع المفساد وجلب المنافع، فلو اكتفينا في موضوع الإكراه بمجرد صدور الفعل توقياً من الضرر، لزمنا أن نقول بفساد الكثير من المعاملات المتعارفة بين الناس.

كما وأنه لا بد وأن يكون الإكراه على نفس العقد والإيقاع، أما لو كان الضرر الذي تدمر به الظالم متجهاً إلى موضوع آخر، ولكن المكره أراد أن يدفع الضرر المتوجه إليه بالبيع أو الطلاق وغيرهما من العقود، كما لو أكره شخص على دفع مبلغ من النقود، وتوقف دفع المبلغ المطلوب على بيع داره أو عقاره، فالبيع الصادر منه وإن كان لدفع الضرر المنتظر ولكنه طيب النفس بذلك (٢).

١ - انظر مكاسب الشيخ الأنصاري شرائط المتعاقدين من كتابه البيع.

٢ - لا يبعد أن يكون هذا الفرض داخلاً في موضوع الإكراه المفسد للعقد، لأن العرف لا يرى فرقا بين أن يكون الشخص مكرها على نفس العقد أو على امر آخر ينحصر التخلص منه بالبيع نعم لو أمكن التخلص بدفع المال المكره عليه بالقرض مثلا أو بعمل آخر غير البيع، يكون اختياره للبيع في مثل ذلك موجبا لفروج هذه المعاملة من موضوع الإكراه، هذا كله بناء على أن الدليل على مادية الإكراه هو الآية والحديث السابقين، أما لو كانت مادية الإكراه من جهة تلقى الإكراه بالعقد فينتجه التفضيل المذكور.

وجعل القول : ان الاكراه المانع من صحة العقد يرجع بنظر العرف إلى عدم استقلال العاقد في التعرف بنحو يكون الدافع إلى انشائه حكم العقل القاضي بدفع الضرر عن النفس أو ترجيح أقل الضررين ، والإقدام على العقد بهذا الدافع يلزم كون العاقد غير طيب النفس بالمعاوضة (١) .

ويؤكد السيد محسن الحكيم في نهج القناعة : ان الاكراه بنفسه مانع عن صحة العقد ، لأن العقد الصادر عن إكراه يفقد الرضا وطيب النفس ، ذلك لأن اختيار العقد وترجيحه على غيره يتوقف على ترجيح وجوده على عدمه ، وترجيح وجوده يلزم الرضا به وميل النفس إليه ، ويستتبع ذلك تعلق ارادته به ، وليس معنى طيب النفس إلا ميلها ورضاها بوقوع ذلك الشيء خارجاً ، والاختيار المبحوث عنه في المقام هو عبارة عن عدم الاكراه على العقد ، فيكون عقد المكره باطلاً لأنه صادر عن إكراه ، لا لأنه فاقده الرضا وطيب النفس بضمون العقد ، فإن الرضا وطيب النفس يلزمان القصد إلى وقوع مدلول العقد ، وهما موجودان مع الاكراه وعدمه ، وكل ما في الأمر ان الرضا وطيب النفس الموجودين مع الاكراه قد حصلتا بدافع التغلص من الضرر الذي توعده المكره به لا من حيث ان ذات العقد محبوبة له ، ولا يشترط في صحة المعاملة الرضا وطيب النفس الذاتيان ، لأن أكثر المعاملات الصحيحة لما يتعلق بها الرضا وطيب النفس بلاحظة ما يترتب عليها من دفع المقاسد وجلب المنافع .

ومن ذلك تبين ان عقد المكره إما يبطل إذا صدر عن إكراه ، لا لأنه يفقد الرضا وطيب النفس (٢) .

ومهما كان الحال فالاكراه الموجب لفساد العقد يحصل بإلزام شخص ببيع

١ - المصدر السابق .

٢ - انظر نهج القناعة للسيد محسن الحكيم ص ١٨٨ و ١٨٩ .

عقاره مثلاً بنحو يظن بالضرر الذي توعده به إذا لم يباشر البيع ، فلو لم يحصل  
بكن العقد بدافع الاكراه يقع صحيحاً ولو حصل بدافع التخلص من الضرر ،  
فالمرضى المحتاج إلى العلاج والدواء إذا باع داره أو عقاره لتخلص من الضرر المحدق  
به بسبب المرض يصح بيعه ولو كان كلهما لذلك .

ولو اكراه الحاكم شخصاً على إيجاد عمل ولم يتمكن من إيجادهِ إلا ببيع داره  
أو سيارته أو غيرها من ممتلكاته ، فلا تشمله الأدلة الدالة على ما تعية الاكراه من  
صحة العقد ، ذلك لأن أصرح الأدلة على حكم هذه المسألة هو حديث الرفع ، وهو  
من حيث إطلاقه وإن كان شاملاً لكل عمل يصدر بدافع الاكراه ، سواء تعلّق  
به الاكراه مباشرة أو تعلّق به بواسطة أمر آخر كالتأجيل المتقدم ، إلا أنه لما كان  
وارداً مورد التسهيل والتوسعة على العباد لا بد من التخطي عن ظاهره والاقتصار  
في تطبيقه على الموارد التي تحقق منه هذه الغاية ، والحكم بفساد البيع في المقام  
اعتماداً على هذا النص يؤدي إلى التفسير والتضييق على هذا الشخص الذي ألجأته  
الضرورة لبيع سيارته ليتمكن من أداء العمل المكروه عليه .

ومن أمثلة ذلك ما لو اضطر إنسان إلى بيع ممتلكاته لوفاء ديونه المستحقة  
عليه التي أجبره الحاكم على أدائها ، فهو وإن كان مكروهاً على بيعها في مثل هذه الحالات  
ويشمله الحديث بقضى إطلاقه ، إلا أن تطبيقه على هذه الموارد يؤدي إلى تضييق  
الحقوق وإضرار الناس وبالتالي يفقد الحديث أبرز فوائده وأغراضه التي فيها التسهيل  
على الناس والتيسير بهم .

وبما ذكرناه في تحديد معنى الاكراه تبين أن الاكراه المفسد للعقد  
والإباحتان لا بد فيه من أن يكون الفعل مكروهاً للفاعل ، وأن يكون الرضا  
بوقوعه فراراً عن الضرر الذي توعده به المكروه ، بنحو يكون الاكراه بالعقد من  
باب ارتكاب أخف المحذورين وأقل التقيمين فلو أمكن التخلص من الضرر بعمل  
آخر لا ضرر فيه على المكروه لا يكون العقد الصادر منه والحالة هذه موجباً

لفساده ، لأن العاقد يتمكن ان يتخلص من ضرر المكره بغير البيع ، فلا يكون في فعله قد ارتكب أقل الضررين ، بل يكون مختاراً في اقامة على المعاملة ، لأنه متمكن من التهرب من ضرر الظالم بغير البيع كما ذكرنا .

وقد أكد السيد الحكيم في نيج الفتاوة : ان الاكراه لا يكون مفسداً للعقد مع امكان التخلص من ضرر المكره بغير البيع من غير فرق بين ان يتخلص بعمل آخر لا ضرر فيه او بالتورية التي هي عبارة عن اظهار أمر وإرادة خلافه .

فقد جاء في الكتاب المذكور : وعلى هذا يمتنع صدق الاكراه مع امكان التلصص بما لا ضرر فيه على المكره ، إذ حيث لا يكون تواضع بين الضررين كي يكون من باب ارتكاب أخف المهنورين ، لا مكان الفرار من المهنورين معاً بارتكاب الأمر المتلصص به ، وأضاف إلى ذلك : والظاهر عدم الفرق فيما به يتخلص بين التورية وغيرها (١) .

ونص الشيخ مرتضى الأنصاري في مكاسبه : على أن عدم التمكن من التخلص من ضرر المكره ليس شرطاً في صدق الاكراه المفسد للعقد ، سواء أمكن التخلص بالتورية او غيرها ، فيصدق الاكراه المفسد للعقد حتى لو أمكن التخلص من المكره بغير العقد .

قال في المكاسب : ثم انه هل يعتبر في موضوع الاكراه او حكمه عدم امكان التلصص عن الضرر المتوعد به بما لا يوجب به ضرراً آخر كما عن جماعة من الفقهاء أم لا ؟ الذي يظهر من النصوص والفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية ، لان حمل عموم رفع الاكراه الوارد في حديث الرفع ، وخصوص النصوص الواردة في طلاق المكره وعقله ، ومعاقد الاجامعات والشهرات المدعاة في حكم المكره

على صورة العجز عن التوربة لجهل أو دهشة بعيد جداً (١) مع أن القدرة على التوربة لا تخرج الكلام عن حيز الاكراه ، هذا بالإضافة إلى أن المستفاد من بعض النصوص عدم اعتبار العجز عن التوربة مطلقاً ، فقد جاء في رواية عبد الله بن سفيان عن أبي عبد الله الصادق (ع) انه قال : « لا يمين في قطيعة رحم ، ولا في جبر أو اكراه ، قلت اصلحك الله : وما الفرق بين الجبر والاكراه ، قال (ع) الجبر من السلطان ويكون الاكراه من الزوجة والأم والأب . »

فإن الاكراه من الزوجة والأب والأم يمكن التخلص منه في الغالب بغير التوربة من الأعمال فضلاً عنها ، ومع ذلك فقد اعتبره الإمام (ع) اكراهاً منه بقول مطلق ، مع العلم بأن حالة العجز عن التخلص من ضرر المكروه هي الحالة النادرة بالنسبة للأبوين والزوجة ولا يصح تنزيل الاطلاق عليها في مثل ذلك .

وبعد أن استظهر الشيخ مرتضى الانصاري من أدلة الاكراه عمومها لحالتي إمكان التخلص من الضرر وعدمه رجح عدم صدق الاكراه مع إمكان التخلص بعمل آخر غير التوربة ، وذلك فيما لو كان الاكراه على حمل محرم كالزنا أو القتل وغوهما ، أما لو كان الاكراه على العقد أو الإيقاع فلا يرتفع حكم الاكراه ولو أمكن التخلص بالتوربة أو غيرها من الأعمال ، ذلك لأنه لو أكرهه على فعل الحرام وعلم من التخلص منه يكون الضرر متوقفاً على ترك الحرام من جهة ، وعلى ترك التخلص منه لو أمكنه التخلص من جهة أن الضرار عن الحرام واجب

---

١ - أفراد من قوله : حمل عموم لرفع الاكراه وخصوص النصوص ومعاكدة الإجماعات على صورة العجز عن التوربة لجهل أو دهشة ، هو أنه لو قلنا بأن أدلة مانعية الاكراه من تأخير العقود مختصة بصورة عدم إمكان التخلص من المكروه بالتوربة لـو قلنا بذلك يلزم أن يكون المستفاد من الحديث والنصوص التي تضمنت لعلم طلال المكروه والإجماعات على فساد عقود هذه الأدلة يلزم أن تكون محمولة على صورة العجز عن التوربة لجهل أو دهشة ، وفي غير هاتين الحالتين لا يتصور العجز ، لأنها أي التوربة تنطلق بعدم قصد مدلول العقد أو قصد معنى الحرم.



بحكم الشرع ، فلو فعل الحرام والحال هذه يكون عتبارا بالنسبة اليه ، لأن الضرر متوهم على ترك المكروه عليه وترك التخلّص منه ، فاقدامه على المحرم مع التمكن من التخلّص منه من غير ان يناله شيء من ضرر المكروه هذا الاقدام باختياره وارادته وان كان بدافع الاكراه عليه ، فيكون الاكراه على المحرم الراجع للحكم التكليفي بمعنى الاجاء والاضطرار . أما الاكراه الراجع لأثر العقود والمعاملات فيبقى له أثره ولو مع امكان التخلّص من ضرر المكروه بعمل آخر ، لأن الاكراه المفسد للعقد قد أفسده من حيث عدم الرضا وطيب النفس به ، وهما مفقودان حتى مع امكان التخلّص من ضرر المكروه ، ومن أمثلة ذلك . ما لو فرض ان شخصاً أكرهه غيره على بيع داره أو عقاره مع العلم بأن المكروه لو خرج من المحل الذي وقع فيه الاكراه وجد من اعوانه وجيرانه من يكفيه شر المكروه في خارج المحل ، ومع ذلك فقد باع داره أو عقاره لأنه يكره الخروج من ذلك المحل ، فيصدق الاكراه بمعنى عدم الرضا وطيب النفس في هذه الحالة ، ولا يصدق فيما لو كانت معه في المحل الذي وقع فيه الاكراه من يكفيه شر المكروه فيما لو استعان به ، ومع ذلك أوقع البيع ولم يكلف أنصاره باعائته على المكروه ودفع ضرره ، وقد انتهى الشيخ الانصاري من هذه التفرقة إلى النتيجة التالية :

ان الاكراه على المحرمات لا يكون اكرهاً مؤثراً إلا إذا رجع إلى الجبر والإجاء بمعنى انه لو تمكن من التخلّص بما يدفع عنه ضرر المكروه ومع ذلك باشر العمل بموضوع الاكراه لا يتوهم على محله حكم الاكراه .

اما الاكراه على العقود والمعاملات فمن حيث انه يرجع إلى عدم الرضا وطيب النفس بالعقد : لا يرتفع حكمه مع امكان التخلّص من ضرر المكروه بالتوربة او بعمل آخر ( ١ ) .

---

١ - المكاسب يبحث شروط التصاقدين ، ولقد فرق بين الاضطرار والاكراه ، بأن الاضطرار لا يكون من فعل الغير كالجوع والظمأ والمرى ونحو ذلك ، والاكراه يكون من الغير ، وهو بالنسبة إلى المحرمات بمعنى الجبر والاجاء ، وبالنسبة إلى العقود والمعاملات يكفي فيه توهم الضرر الموجب لعدم الرضا وعدم طيب النفس بالماملة .

وليس في ادلة الاكراه ما يشير إلى هذا التفصيل ، وقد ذكرنا انه مع امكان التخلص من ضرر المكره بعمل من الاعمال او بالتوربة وغيرها لا يكون الدافع على العقد الفرار من الضرر الذي توعده الظالم ، ولو تجاهلنا التوربة في المقام وقتنا بأنها لا تتفق مع طبيعة الاستعمال في الغالب فلو أوقع البيع او الطلاق قاصداً لمعتامها بدافع الاكراه لا يكون العاقد طيب النفس ومختاراً في تلك المعاملة ، اما بالنسبة الى الوسائل الأخرى التي يتمكن بسببها من دفع ضرر المكره ، فلو تيسر له التخلص من الضرر بعمل او بشخص يدافع عنه ، ومع ذلك أوقع العقد ، فالمعرف لا يراه مكرهاً في هذه الحالة (٢) .

ومها كان الحال فن أمثلة الاكراه ما لو أكره انسان شخصاً على ايجاد عقد من غير أن يعين له نوع العقد ، بأن يكون محل الاكراه عنواناً جامعاً لاكثر من فرد واحد ، وحينئذ فلو كان هذا العنوان موضوع الاكراه هو الموضوع للأثر الشرعي فكل واحد من أفراد هذا العنوان لو أتى به المكره لتخلص من الضرر يقع فاسداً من حيث انطباق العنوان على ذلك الفرد ، أما لو كان الأثر الشرعي من محتصات فرد أو نوع من انواع ذلك العنوان العام الذي تعلق به الاكراه ، فلو اختار المكره ايجاد الفرد الذي يختص من بين تلك الافراد بالأثر الشرعي لا يكون مكرهاً على ايجاده ، لأن الاكراه قد تعلق بالعنوان العام الذي ينطبق عليه وعلى غيره ، وكان باستطاعته ايجاد الفرد الآخر الذي لا أثر له ، فإيجاده له والحالة هذه يكشف عن اختياره ورضاه بالمعاملة .

ومن أمثلة ذلك ، ما لو أكره الزوج على الطلاق بالمعنى الأعم من كونه صحيحاً او فاسداً ، فطلقها طلاقاً صحيحاً ، فيصح منه الطلاق ، لأن الاكراه لم يتعلق بهذا الفرد الصحيح بخصوصه ، ونظير ذلك ما لو كان لكل من فردي الجامع الذي تعلق به الاكراه أثر شرعي ، وكان أحد الفردين واجباً عليه ، كما

لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه ، وكان طلاق واحدة معينة منها واجباً عليه لمجزءه عن الاتفاق عليها أو لغير ذلك من الأسباب ، فلو طلق الزوجة الثانية التي لا يجب عليه طلاقها يصح منه الطلاق لكونه مختاراً في ذلك .

ومن أمثلة ذلك ما لو أكرهه على بيع داره أو وفاء دينه المستحقة عليه ، فلو باع الدار في هذه الحالة يقع البيع صحيحاً نافذاً ، لأن المكره كان متمكناً من التخلص من ضرر المكره بوفاء ما عليه من الديون المستحقة عليه ، ولو تعلق الاكراه بأحد أمرين أو أمور ، كما لو أكرهه على بيع داره أو فوره أو بستانه بنحو يكون كل واحد من هذه الأفراد مطلوباً للمكره في طرف عدم الآخر ، ففي مثل ذلك أي فرد من هذه الأفراد أقدم المكره على بيعه يكون مشمولاً لأدلة الاكراه ولا ينفذ البيع بالنسبة اليه ، لأن الاكراه قد تعلق بالأفراد بنحو الواجب التخييري ، فالفرد الذي يختاره المكره هو الموضوع للاكراه (١)

وقد تعرض فقهاء الشيعة بنسابة الحديث عن الاكراه المتعلق بالعقود إلى الاكراه المتعلق بالطلاق ، وتتلخص الوجوه التي يمكن ان تنتج من الاكراه بالامور التالية :

الأول : أن يكون الطلاق بذاته مبغوضاً للمطلق ، ولكنه بالاكراه يصبح محبوباً له باعتبار ان ضرر الاقدام عليه أقل من الضرر الذي توعده به المكره ، فيكون وقوعه من الزوج ترجيحاً لأقل الضررين ، وفي مثل ذلك يقع الطلاق باطلاً كما تبين على ذلك الأدلة التي تعرضت لحكم الفعل الصادر بدافع التخلص من ضرر المكره .

الثاني : أن يكون الطلاق محبوباً للمطلق من حيث ذاته ، فيكون الاكراه

---

١ - انظر هذه الفروض في نهج الفتاوى للسيد الحكيم ص ١٩٥ و ١٩٦ ، والكاسب مسألة الاكراه على العقد .

عليه مؤكداً رغبته في إيجاده ، ولا أشكال في صحة الطلاق في هذه الحالة ، لأن بطلان الفعل الصادر عن إكراه إنما هو من حيث أن الفعل مكروه للفاعل وغير مرغوب فيه ، ويكون اختيار إيجاده ترجيحاً لأقل الضررين ، ولا يتأتى جميع ذلك فيما لو كان الفعل محبوباً للفاعل كما هو المفروض .

الثالث : أن لا يكون الإكراه هو الدافع المستقل لانشاء الطلاق ، بل يكون الدافع متكوناً منه ومن رغبة المطلق في انشاءه على نحو تكون الدوافع النفسية المرجحة له لا تكفي بدون الإكراه لإيجاده ، كما وإن الإكراه بمجرد لا يلزم الزوج بانشاء الطلاق ، وقد رجح بعضهم في هذه الصورة بطلان الطلاق لتعلق الإكراه به ، ولأن الجهات المرجحة له عند المطلق لا تكفي وحدها لأن تبعث الزوج على انشاء الطلاق ، فالرغبة في إيجاده ليست بأقوى من الجهات المقتضية لبغوضيةته ، فيكون انشاءه والحال هذه بدافع التخلص من ضرر المكروه (١)

ثم إن الضرر الذي يتوعد به المكروه ، ثارة يكون موجهاً على أحد المتعاقدين ، وأخرى يتوجه على غيرهما كالزوجة والولد ونحوهما بما حمله أمره ، ومرة يكون متجهاً لأجنبي عن المتعاقدين ، كما لو قال المكروه لشخص طلق زوجتك أو بيع سيارتك والأقلت فلاناً ، وقد يكون الضرر الذي توعد به المكروه موجهاً إلى المكروه نفسه ، كما لو قال له بيع دارك ولأقتلت نفسي أو ولدي ، أما الصورة الأولى والثانية ، فيصدق فيها الإكراه لأن إيجاد الفعل الذي تعلق به الإكراه لم يكن إلا بدافع التخلص من ضرر المكروه ، وفي غيرهما من الصور لا يؤثر الإكراه في العمل المكروه عليه شيئاً ، لأن الفعل لم يصدر عنه بدافع التخلص من

---

١ - لا يبعد في هذه الصورة أن يصح منه الطلاق ولو تعلق به الإكراه ، ذلك لأن الباحث على إيجاده يتألف من متصرين خوف الضرر الذي توعد به المكروه وموافقة الإكراه لما هو كامن في نفس المكروه من حيث وجود بعض الجهات المقتضية لحبوبيته ، والإكراه يتنصر فيما يكون الدافع الفرار من الضرر الذي توعد به المكروه .

الضرر ، حيث ان قتل الأجنبي عن العاقد ليس ضرراً عليه ليتوب منه بالعقد او الطلاق .

ولا فرق في الضرر بين أن يكون دينياً كما لو توعده بأخذ ماله ، أو دينياً كما لو توعده بمنحه عن الصلاة والصيام ونحوهما من الواجبات (١)

وكيف كان فالرأي الشائع بين المتأخرين من فقهاء الإمامية : ان المكره لو رضي بالعقد بعد صدوره منه بدافع التخلص من الضرر وطابت نفسه به يصح العقد ويؤثر في النقل والانتقال .

ونص السيد محمد في الرياض ، والشيخ يوسف البحراني في موسوعته الفقهية الحدائق : ان المتأخرين من الفقهاء متفقون على ان عقد المكره يصح ويلزم إذا لحقه الرضا وطابت نفس العاقدية ، ذلك لأن العقد الصادر عن اكراه جامع لكل ما يشترط في العقد من الصيغة والقصد وغير ذلك من الشروط والاجزاء التي يتكون منها العقد ، ولم يفقد سوى الرضا وطيب النفس ، فإذا رضي به بعد ذلك يزول المانع عن صحته ويؤثر الأثر المطلوب منه .

وفي مقابل هذا الرأي نص جماعة من الفقهاء القدماء على ان عقد المكره بحد ان صد منه فاقداً للرضا وبدافع التخلص من الضرر الذي توعده به المكره لا يؤثر فيه الرضا اللاحق ، لأن الأدلة العامة المشرعة للعقود تدل على مشروعيتها إذا اقترنت برضا المتعاقدين ، أما ينحى سابق على العقد او مقارن له كما يظهر ذلك من الآية الكريمة .

ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض ، هذا بالإضافة إلى حديث الرفع الذي يدل بمقتضى إطلاقه على رفع جميع الآثار الثابتة

---

١ - انظر نهج الفقهاء ص ٢٠٠ و ٢٠١ .

لعقد إذا صدر عن اكراه ، على ان عقد المكره بعد ان كان الاكراه موجباً  
لأسبه الآثار الثابتة له ، يصبح كعقد المازل والصبي ونحوهما ، ومن الثابت ان  
الرضا المتأخر لا يسترجع به العقد حياته بعد موته كما نص على ذلك جميع الفقهاء .

وقد اعتمد انصار القول بكفاية الرضا المتأخر في صحة العقد وتأثيره على ان  
الآية الكريمة التي اعتبرت الرضا وطيب النفس من الشرائط الأساسية في العقود ،  
لا يستفاد منها أكثر من اقرار مبدأ الرضا في الإتجار الذي تستباح به الأموال ،  
وليس في الآية ما يدل على ان الرضا لا بد وان يكون سابقاً او مقارناً للتجارة  
بنحو لا يكفي لو كان لاحقاً لها ، ولو افترضنا ان التراضي في الآية اخذ بنحو  
الصفة للتجارة لو افترضنا ذلك لا ينتج منها عدم حلية أكل المال إذا لم تكن  
التجارة متصفة بهذه الصفة كما يحاول بعضهم ان يثبت عدم كفاية الرضا اللاحق من  
هذه الناحية ، وذلك لأن القضية الموصوفة انما يستفاد منها انتفاء الحكم عن  
الموضوع الفاعل للصفة بشرطين الأول : ان يكون الوصف وحده علة لثبوت الحكم ،  
الثاني : ان لا يكون ذكر الوصف في القضية من جهة انه من الأوصاف التي  
تلازم افرادها في الغالب ، ومن الجائز القريب ان يكون الوصف في الآية لو  
اعتبروا الرضا وصفاً للتجارة منزلاً على الغالب لا خصوصية فيه ، كما هو الحال في  
آية تحريم الربائب ، قال سبحانه تعالى : « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائك  
اللاتي دخلتم بين » .

وعليه فلا يكون اشتراط الرضا ولو كان وصفاً مقارناً مقتضياً لعدم حلية المال  
بالرضا المتأخر . اما حديث الرفع الذي استدل به انصار القول بعدم كفاية الرضا  
اللاحق ، هذا الحديث لا ينفع القائلين بذلك ، لأن المرفوع بالحديث المذكور هو  
الشيء الثابت على المكره لولا الاكراه ، اما الشيء الثابت له فلا يرتفع بالحديث  
الشريف ، والرضا بالعقد حق له لا عليه هذا بالإضافة إلى ان المستفاد من حديث  
الرفع ان الحكم الثابت للفعل لولا الاكراه مرفوع بسبب الاكراه ، وهذا المعنى  
موجود حتى لو بينا على الاكتفاء بالرضا اللاحق ، لأن أثر العقد لولا الاكراه

نقل الملكية من كل من الطرفين إلى الآخر ، هذا الاثر مرفوع بمحدث الرفع ، والاكتفاء بالرضا اللاحق لا يتنافى مع هذه النتيجة ، حيث ان الاكتفاء بالرضا المتأخر يرجع في واقع الامر إلى ان العقد جزء السبب الناقل والجزء الآخر هو الرضا اللاحق له ، وكون العقد جزء السبب الناقل انما حصل بواسطة الاكراه ، فلا يمكن ان يكون الاكراه واقعا له . على ان الاعتداد على حديث الرفع لا يبطال مفعول الرضا اللاحق وعدم الاكتفاء به ، يتنافى مع الغاية التي من أجلها انشأ الشارع العقود والأفعال التي توجد نتيجة للاكراه والاضطرار ، فان الغناء هذه الأفعال لتسهيل والتوسعة على العباد ، وعدم الاكتفاء بالرضا اللاحق اعتداداً على الحديث مخالف للغاية نفسها وموجب للتضييق على المكره الراضي بمضمون العقد .

ومن مجموع ذلك تبين ان الادلة التي تدل على عدم تأثير العقد الصادر عن اكراه لا تدل على عدم تأثير الرضا اللاحق وكفايته في ترتيب الآثار المقصودة للمتعاقدين ، فيتمتع الرجوع إلى الادلة العامة التي منها قوله تعالى ، أو فوا بالعقود ، وأحل الله البيع ، ونحوهما الدالة بإطلاقها على نفوذ العقد بعد أن يستكمل جميع مقوماته وشرائطه من جملتها الرضا وطيب النفس (١)

ثم انه بناء على ان العقد يصح بالرضا اللاحق ، فهل يصح العقد من حين صدوره وتترتب عليه آفاره ، بمعنى ان الرضا اللاحق يكشف عن صحته من أول الأمر ؟ او يصح من حين الرضا وطيب النفس بالعقد ؟ فمن نظر إلى ناحية الرضا باعتبار انه عبارة عن الموافقة على وقوع مضمون العقد خائزاً ، فإذا قام الدليل على الاكتفاء بالرضا اللاحق تبين ان يكون المراد منه إعادة الحياة إلى العقد واعتباره مؤثراً من حين صدوره ، ومن نظر إلى الرضا كشرط من شروط العقد وان العقد بدونه لا يؤثر التمليك اعتبر الرضا المتأخر كالقبض في بيع الصرف

---

١ - ورجع في الجواهر عدم الاكتفاء بالرضا اللاحق ، لان الاكراه موجب لغزو العقد من اللص فيصبح بمقدور الهائل والمجنون وفيهما من العقود التي قلها الشارع .

والسلم والهبة ، فكما ان التملك في هذه العقود لا يحصل إلا بعد القبض فيها المتأخر عن العقد ، فكذلك الرضا المتأخر فانه لا يؤثر في التملك إلا من حين صدوره ، فهو نظير الفسخ بالخيار الموجب لإحلال العقد من حين صدوره (١) .

وبعد ان انتهينا إلى هذا الحد من أحكام الاكراه بقي علينا ان نشير إلى أحكامه ولو إشارة موجزة في المذاهب الاسلامية الأربعة جرياً على المخطط الذي اتبعناه في هذا الكتاب .

\*

\* \*

---

١ - لا يغني أن تشبيه الرضا بالتأخر بالقبض في العقود الثلاثة وبفسخ العقود الخيارية ، هذا التشبيه لا مبرر له ذلك لأن القبض في العقود الثلاثة بوجوده المتأخر من العقد من اركان العقد المملك ، فالعقد في باب الصرف والسلم والهبة لا يتم بدونيه ، وعند حصوله يتم العقد بجميع اركانه ومقوماته فتترتب عليه الاره ، أما الفسخ في مورد لبوت الخيار فمرجه الى عدم استمرار اثر العقد وانقطاعه من حين اختيار صاحب الخيار لفسخ العقد ، وتسميته فسخاً للعقد باعتبار ان العقد اذا ارتكبت آزاره يكون كالعدم من اساسه ، فقياس الرضا المتأخر بهذه الأمور من اسوأ أنواع القياس .



## الاكراه والمذاهب الاربعة

### ٢٢

لقد جاء في تعريفه كما في المبسوط للرخسي والبدائع وغيرهما : انه فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به الرضا ويقسد فيه الاختيار ، من غير ان تتعدم به الأهلية عن المكره او يسقط عنه الخطاب ، وهو قهان ، تام وناقص ، فالاكراه التام هو ان يجبد الانسان نفسه مضطراً لفعل ما اكراه عليه فراراً من القتل او قطع بعض الأعضاء .

والاكراه الناقص ، هو التهديد بالحبس او الضرب او منعه عن العمل ونحو ذلك بما لا يبلغ حدود القتل او التشويه بقطع بعض الأعضاء ، ولا بد من كون المكره قادراً على فعل ما هدد وتوعد به سواء كان صاحب نفوذ وسلطان او لم يكن (١) .

ويدعيه الاحناف ان الاكراه الملجئ يزيل الاختيار والرضا معاً ، وبغيره لا يزيل سوى الرضا ويبقى للمكره اختياره في الفعل ، وذلك لأن المكره قد توعد به بالأذى في نفسه وماله ان لم يباشر ما أمر به ، وهو في هذه الحالة لا يخرج عن

---

١ - كما رجح ذلك صاحبان ابو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني ، في حين ان استألهما ابا حنيفة يرى ان الاكراه لا يكون الا من السلطان ، لانه ان اراد مكرهاً ياخذ لا يستطيع احد دفعه .

كونه مختاراً وقادراً على ان يفعل دفعا لضرر المكره وعلى ان يتروك يتحمل الضرر  
الموعود به .

وجعل رأي الاحناف في المقام : ان الاختيار من العناصر الاولى في  
المعقود ، فإذا وجد الاختيار مع غيره من الأركان يتم العقد ، وليس للرضا  
وطيب النفس تلك المزية التي هي للاختيار ، ذلك لأنه ليس من شرائط العقد ،  
ولما هو من شرائط صحته فيتم العقد بدونه ويقع فاسداً ، فإذا كان أحد  
العاقدين مكرهاً وغير طيب النفس بالمعقود يتم العقد ، لوجود جميع أركانه التي  
من جملتها الاختيار ، والمفقود ليس إلا الرضا وهو من شروط الصحة لا من  
شروط العقد ( ١ ) .

وقال الشافعي : ان الاختيار والرضا متلازمان فإذا ذهب أحدهما بالاكراه  
يذهب معه الآخر ، ذلك لأن المكره لا يمكن ان يكون مختاراً في الفعل  
المكره عليه وإذا فعله تهرباً من الضرر الموعود به فذاك لأنه أخف الضررين  
وأقلهما خطراً عليه ، ولان ذلك بطلان عقد المكره لانه يفقد الاختيار حيث  
ان المنشئ للعقد لم يقصد المبادلة والتملك وإنما قصد دفع الأذى والضرر عن  
نفسه .

واستدل الشوافع على ذلك بقول الرسول (ص) : رفع عن امتي الخطأ والنسيان  
وما استكروها عليه ، ولم يفرقوا في ذلك بين البيع والنكاح وغيرهما .

وبعد ان بنى الاحناف على ان الاكراه يوجب سلب الاختيار فرقوا بين النكاح  
والطلاق والعقود وبين المعقود الأخرى التي يمكن ان لا تقرب عليها آثارها بمجرد

---

١ - انظر الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبي زهره ص ١٩٢ ، وقد اورد وحيد  
الدين سواد من نصوص الفقه الحنفى ما يؤكد ان الرضا ليس عنصراً أساسياً في تكوين  
المعقود وأنه من شرائط الصحة ص ٤٤٧ .

صدورها كالبيع والإجارة ونحوهما ، فالنوع لاول من العقود والابتعاات لا  
تسد بالاكراه ولا يمنع من صحتها عدم الرضا من المتعاقدين ما دام مختارين في  
الانشاء ، لان أحكامها وآثارها لا تنفصل عن صفة العقد ، على ان الرضا ليس  
شرطاً في صحة النكاح والطلاق ، فان الرجل قد يتزوج من ابنة عمه مثلاً غير  
راض بها خضوعاً لتقاليد اسرته او لسبب آخر ، كما قد يطلق الرجل زوجته وهو  
سعيد بعشرتها ، ولكنه يفعل ذلك لركة دينها او لإغراق أخلاقها فيصح منه  
الزواج والطلاق مع عدم رضاه بها .

اما العقود الاخرى كالبيع والاجارة وغيرهما بما يقع منجزاً وغير منجز فلا  
تقع صحيحة مع الاكراه عند الفقهاء جميعاً لقوله تعالى :

يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن  
تراض منكم .

ومع ان الشواغل والاحناف متفقون على ان عقود المعاوضات لا تصح مع  
الاكراه يبدو انهم يختلفون في حكمها من حيث صحتها بالرضا المتأخر ، فالشوافع  
يدعون بأنه لو زال الاكراه ورضي المتعاقدان بالمعاملة تبقى على حكمها ولا  
ينفعا زوال الاكراه ، بينما يدعي أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف ومحمد بن الحسن  
ان العقد يصح منها بالرضا اللاحق وتترتب على العقد آثاره (١) .

ونص الاستاذ الشيخ علي الحقيف : على ان الاحناف يكتفون بالرضا اللاحق  
في عقود المعاوضات كالبيع والاجارة والرهن والكفالة وغيرها ، وفي غير هذا  
النوع من المعاوضات كالنكاح والطلاق والعتق واليمين والرجعة فإن الاكراه لا  
يغير من طبيعتها شيئاً وتترتب آثارها بمجرد النطق بها اعتداءً على الحديث الذي

ينص على ان هذه الامور يستوي فيها الجد والمزول (١) .

ومن مجموع ذلك تين ان احكام الاكراه لا تتعدى المعاوضات المالية ، ويتفق الاحناف مع غيرهم بالنسبة للنكاح وغيره من الابطاعات ، إذا استثنينا الشوائع الذين لم يفرقوا بين النكاح وغيره من العقود ، وفيما عدا ذلك فقد تفرد الاحناف في الاكتفاء بالرضا المتأخر ، بينا المذاهب الاخرى وقفت موقفاً سلبياً من هذه الناحية واعتبرت الاكراه موجباً لسلب الاختيار ، وات المكره لم يقصد ، بانشاءه الاضاح مما في نفسه ، بل قصد الصيغة باعتبارها حركة لسانية تجبه من الاذى المهدق به فهي من هذه الناحية أشبه بعبارة الناسي والمخطئ . حيث انها لم يقصد من كلامها شيئاً .

ومع هذا التصلب بالنسبة إلى المكره او الحاقه بالناسي والحاطيء نراهم بالنسبة إلى المازل على العكس من ذلك ، فيصحبون عقوده وجميع تصرفاته ، لأنه على حد زعمهم قد انشأ اللفظ عن قصد واختيار ، وبجود ذلك يكفي لترتيب الآثار ، وبما انه قاصد مختار فهو لا يملك تجريد الصيغة عن آثارها التي تلازم وجودها (٢) .

ويبدو من ذلك ان الجعفرين يتفقون مع غيرهم في تحديد شروط الاكراه كما ذكرها الاستاذ الخفيف في كتابه احكام المعاملات ، ويختلفون معهم بالنسبة إلى التفصيل بين المعاوضات المالية وغيرها كالنكاح والطلاق والعتق واليمين والرجعة ، فأحكام الاكراه تعم الجميع من غير فرق بين نوع وآخر ، كما يلتقي الاحناف مع الرأي المشهور الشائع بين فقهاء الشيعة من حيث الاكتفاء بالرضا المتأخر عن العقد كما ذكرنا .

ولذا لاحظنا آراء المدنين في هذه المسألة نراهم في الغالب لا يتخطون آراء الاسلاميين وبخاصة الجعفرين .

١ - انظر احكام المعاملات الشرعية ص ٧٧ و ٧٨ و ٧٩ .

٢ - المصدر السابق ص ٢٢٧ .

قال الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد : ان الاكراه ضغط مادي او ادبي يقع على شخص فيعت في نفسه رهبة تحمله على التعاقد ، وإذا كان الضغط مبادياً وبلغ حداً من القوة لا سبيل إلى دفعه فانه يعطل الارادة تعطيلاً كاملاً ويجعل الرضا معدوماً والعقد باطلاً (١) وليس هذا هو الاكراه الذي يعتبر عيباً من عيوب الارادة ، وانما المقصود فيه الاكراه الذي يدع للمكره شيئاً من الحرية ليعتارين ضرر جده وبين ابرام العقد المقترح عليه ، فاذا كان الخوف من الضرر الذي عدده بحمله على تفضيل ابرام العقد تفادياً لحادث ذلك الضرر ، أمكن القول بأن ارادته انجبت فعلاً إلى ابرام العقد ولكنها لم تكن حرة كل الحرية في هذا الاتجاه ، بل كانت مضطرة إلى سلوكه باعتباره أخف الضررين ، ولذلك يعتبر المشرع الاكراه الذي دفع الارادة في هذا الاتجاه عيباً يشوبها ويسمح بالآيترتب عليها مثل الأثر الذي يترتب على الارادة الحرة السليمة ، فيجعل عقد المكره قابلاً للإبطال (٢) وقد نصت المادة ١٢٧ من القانون المدني الجديد على تحديد معنى الاكراه وحكمه ، وجاء فيها يجوز ابطال العقد للاكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس .

فلا بد وان يحدث تهديد الأمر رهبة في نفس العاقد ، وان تكون تلك رهبة بلا حق ، أما لو كان الحق عليه كوفاء دين مستحق او اطعام عياله وأمثال ذلك فلا يتحقق الاكراه . ولا بد وان يكون الخوف الحاصل في نفس العاقد على نفسه او ماله او من جهة أمره له منشأ صحيح ، فلو كان وهمياً لا يستند على أساس صحيح لا يبطل العقد . ولا فرق في وسائل الضغط على المكره الوجهة لحصول

---

١ - لقد ذكرنا ان هذا النوع من الاكراه هو الإلجاء ، وهو من مصابيق الاضطهاد عند الجفرين ولا يدخل في موضوع الاكراه المبحوث عنه في هذه المسألة ، وهو ممن جملة الضاوين التي وردت في حديث الرفع .

٢ - لقد ذكرنا في تحديد معنى الاكراه عند الجفرين . ان ارتكاب الفصل للمكره عليه من حيث ان الاقدام طيسه اخف من غيرالمكره واقل خطراً منه لا من حيث ان العاقد مختار في اقدامه عليه .

الخوف بين ان تكون واقعة على المكره نفسه كما لو تهدده بالضرب او القتل والايذاء ، وبين ان تقع على شخص عزيز عليه كايه وأمه وولده وغير ذلك ممن يجه أمره (١)

أما الضغط الحاصل من الأب على ولده ومن الزوج على زوجته ومن الاستاذ على تلميذه بنحو يكون الدافع على العقد مجرد الاحترام والتعظيم من غير ان يكون هناك ضرر مترتب الوقوع على تقدير المخالفة ، هذا النوع من الضغط لا يحقق الاكراه الموجب لبطلان العقد كما نصت على ذلك المادة ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي (٢) .

والمهم ان يصحكون الضغط مها كانت مصدره موجباً لحصول الخوف والاضطراب في نفس العاقد ، بحيث يدفعه ذلك الخوف إلى العقد تهرباً من الضرر الأقوى ، وكما ذكرنا لا بد وان يكون للخوف مصدر صحيح ، كما لو صدر من الحاكم ، او من هو اقوى من العاقد ، ودلت ظروف الحال ان الضرر سيلحقه إذا لم ينفذ ما اكراه عليه .

وجاء في المادة ١٢٧ في تحديد معنى الرهبة الباعثة على اجراء العقد : بأنها هي التي تقوم في ذهن العاقد نتيجة اعتقاده المستفاد من ظروف الحال ان خطراً جسماً عديداً يهدده هو او غيره في النفس او الجسم او الشرف او المال سواء كان حالاً او مستقبلاً ، على شرط ان يكون التعاقد الواقع من المكره واقعاً بدافع

---

١ - لقد ذكرنا سابقاً ، انه لا فرق في الاكراه بين ان يكون الضرر وارداً على العاقد او على من يجه أمره كزوجته فولده ونحوهما ، وانما كان على اجني منه ، كما لو قال له بع دارك والا قتلته فلاناً فلا اكراه في مثل ذلك ، انظر نهج القضاة ص ٢٠٠ و ٢٠١ ووسيلة النجاة للسيد ابوالحسن كتاب النصب .

٢ - جاء في النص الفقهي الجعفري : لا بد في حدث الاكراه من توعداً لامر بالضرر على ترك الفعل ينتج يحصل منه الخوف فيختار انشاء العقد باعتباره ان ضرره اقل ممن الضرر الذي توعد به الامر .

الحرف من ذلك الضرر ، ويجب بالإضافة إلى ما تقدم ان يكون الضغط الذي بحث في نفس التعاقد الحرف غير مستند الى حق للمكره .

اما لو كان الاكراه على البيع لوفاء الدين المستحق ، او للاتفاق على من نجب نفقته عليه فلا يكون الاكراه موجباً لإبطال العقد ، ذلك لأن البيع وقع منه مقدمة لأداء واجب لا يمكنه اداؤه إلا بالبيع ، ولو قلنا بفساد هذا النوع من العقود لزمنا ان نقول بفساد اكثر المعاملات (١) .

ومن شروط الاكراه في الفقه المدني ان يكون الحرف من الضرر هو البائع على اجراء العقد ، فلو خاف البائع من ضرر المكره ، ولكن البيع بذاته كلف محبباً له ، او كان له مصلحة في التعاقد تكفي بذاتها لأن تدفعه إلى البيع لا يؤثر الاكراه في المعاملة وقد نصت المادة ١٢٧ على هذا الشرط ، وجاء فيها إذا تعاقد اثنان تحت سلطان رهبة بعثها في نفسه (٢) .

وقد ذكرنا ما يتلائم مع هذه الشروط من نصوص الفقه الجعفري ، وجاء فيها : ان الفعل المكره عليه لا بد وان يكون مبغوضاً بذاته للمكره ، اما إذا كان محبوباً له وتعلق به الاكراه ، فلا يكون الاكراه والحالة هذه موجباً لإبطال العقد ، وكذلك لو كان له مصلحة لإيجاده بالإضافة إلى الاكراه عليه ، او كان الدافع على ايجاده مشتركاً بين الاكراه ومصلحة التعاقد على نحو لا يكون كل واحد منهما بانفراده كافياً لأن يبعثه على التعاقد (٣) .

ولو لم يكن الاكراه من أحد المتعاقدين او من الغير ، بل كان من ظروف تهيأت بنحو الصدفة لا يد لأحد فيها ، ولكن أحد المتعاقدين قد استغلها لمصلحته

---

١ - انظر نظرية العقد للدكتور مرقس ص ٢٥٩ الى ص ٢٦٩ .

٢ - المصدر السابق .

٣ - انظر نهج الفقاهة للسيد الحكيم ص ٢٠٠ و ٢٠١ .

ما حمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد نهرياً من الضرر ، كما لو وقع شخص في خطر الغرق ، فتقدم شخص لانتقاذه بعد ان حصل منه على تعهد يبلغ كبير من المال في مقابل انتقاذه ، وكما لو استغل طبيب جراح مريضاً واقعاً تحت خطر الموت فاستأجره على اجراء عملية جراحية يبلغ من المال لا يعطى على مثلها عادة ، وكما لو كان على شخص مال مستحق لا سبيل له إلى وفائه إلا ببيع داره ، ولم يوجد مشتري لها إلا بنصف ثمنها ، فاستغل شخص آخر حاجة صاحب الدار لوفاء دينه وعدم وجود مشتري لها ، فاستراها بنصف ثمنها ، ففي هذه الامثلة ونظائرها لم يتوجه الاكراه من الغير ولا من احد المتعاقدين ، ولكن الظروف المفاجئة الضاغطة قد نهأت من باب الصدقة فاضطرته إلى التعاقد ليتخلص مما هو فيه من الضغط إلى بيع داره واستتجار الطبيب ونحو ذلك ، هذه الظروف المفاجئة مها بلغت لا توجب بطلان العقود الواقعة بسببها ، لأن بطلان عقد المكروه اما لأنه قد اكروه عليه بنحو يصبح مضطراً اليه ليتخلص من الضرر المحدق به ، او لأن الاكراه ينتج منه عدم الرضا بالعامّة كما ذكرنا ولا شيء منها في المقام ، لأن هذا النوع من العقود المفترضة لم تصدر من العاقد إلا بداع الحاجة الملحة إلى صدورها ولم تفتقد الرضا وطيب النفس ، وكل ما في الأمر ان الرضا بالنسبة اليها ليس ذاتياً ، ولا يشترط في صحة المعاملة اكثر من الرضا بها ولو كان عرضياً ، ولذلك لم يتردد احد من الفقهاء بصحة العقد فيما لو اضطرته الظروف اليه لوفاء ديونه او للاتفاق ونحو ذلك ولو كان بأقل من الثمن (١)

وقال الدكتور السنهوري في الوسيط : وقد ذهب النظرية التقليدية في الاكراه إلى التمييز بين هذا الفرض ، والفرض الذي يصدر فيه الاكراه من الغير ، فان الاكراه من الغير يقصد به الضغط على المتعاقد حتى يتزجر عنه الرضا ، ومن ثم يؤثر في صحة العقد ، أما الفرض الذي نحن بصدده فالظروف الضاغطة

---

١ - انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري شروط المتعاقبة ونهج الفقاهة للسيد الحكيم وغيرهما من مجاميع الفقه الشيعي .



على الإرادة قد تبيأت مصادقة ، ولم يكن الغرض منها الضغط على إرادة المتعاقدين ، ولم يفعل المتعاقد الآخر شيئاً إلا أنه استغلها عند تعاقدته ، وقد اعتبرت المادة ١١٠٩ من القانون المدني الفرنسي في الإكراه أن يكون منتزعا للرضا ، لذلك فإن هذا النوع من الإكراه الذي تبيأت ظروفه صدفة لا يؤثر على صحة العقد ، وبعد أن أورد هذه التفرقة عن القانون المدني الفرنسي رجس تحقق الإكراه في جميع هذه الفروض من غير فرق بين الإكراه الصادر من الغير وبين هذا النوع من الإكراه ، لأن إرادة المتعاقدين لم تكن حرة في المقام ولم تصدر إلا تحت تأثير الضغط ، ولا فرق بين أن يكون مصدر الضغط أحد المتعاقدين أو شخص غيرهما أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها (١)

\*

\* \*

## الفضولية في العقود

٢٢٣

ونعني بهذا النوع من العقود ، ان يتصرف الانسان في ملك غيره بالبيع او الشراء او بغيرهما من انحاء التصرفات من غير ان يكون مأذوناً او وكيلاً او ولياً عن المالك في شيء من تلك التصرفات ، فيكون والحالة هذه فضولياً في تصرفاته في هذه الحالة ، ومن أمثلته ما لو زوجت الباكرة الرشيدة نفسها من شخص من غير ان يأذن لها الولي بذلك بناء على ان اذن الولي شرط في صحة العقد ، او زوجها شخص من آخر بدون اذنها ، وكما لو باع الراهن العين المرهونة والسفيه المال الذي بيده والأجير العين المستأجرة ونحو ذلك ، ويكون العاقد فضولياً حتى ولو علم بوضا المالك بالبيع ما لم يكن مأذوناً في اجراء العقد .

قال الشيخ مرتضى الانصاري : وكيف كان فالظاهر شموله لما اذا تحقق رضا المالك بالتصرف باطناً وطابت نفسه بالعقد من دون حصول اذن منه صريحاً او ضحياً ، لأن العاقد لا يصير مالكاً بالتصرف ومسلطاً عليه بمجرد علمه بوضا المالك ، ويؤيده استراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكاً او مأذوناً او ولياً ، وأضاف إلى ذلك : ان الفقهاء استدلوا على صحة الفضولي بحديث عروة البارقي (١) ، مع

---

١ - فقد جاء فيها ان النبي (ص) دفع لعدينارا ليشتري به شاة للاسحبة فلهم واشترى به شاتين باع احدهما بدينار وابتى واحدة جاء بها مع الدينار الى النبي (ص) فقل له : يارب الله لك في صفقة بيعتك ، مع العلم بأنه لم يكن مالوناً في شراء شاتين ولا بيع الشاة بعد ان اشتراها وقد اقر النبي منه هذا التصرف .

ان ظاهر الحال يدل على انه كان يعلم برضا النبي (ص) في هذه المعاملة ، ولكنه رجع أخيراً ورجع خروج ما لو علم العاقد برضا المالك عن الفضولي ، سواء علم بذلك حين العقد او انكشف له بعد ذلك ولا يتوقف لزومه على الاجازة من المالك ، لأن أدلة الوفاء بالعقود وحلية الأموال بالتجارة شامة لهذا الفرض وأضاف يقول : ولو توسعنا في الفضولي لكل عاقد يتصرف في أموال الغير ولو كان عالماً برضا المالك حين العقد ، لو توسعنا وسمينا العقود الصادرة من غير المالك فضولية في مثل هذه الحالات بتعين الاكتفاء بالرضا المعلن او الحاصل بعده عن الاجازة من المالك (١) .

ثم ان الفضولي قارة ينشأ العقد نيابة عن المالك ، وأخرى ينشأ العقد لنفسه ، وفي الصورة الأولى مرة يكون مسبوقاً ببيع المالك ، وأخرى لا يكون العاقد مسبوقاً بعدم رضا المالك وهذا الفرض من أظهر المصاديق المبسوط عنها في هذه المسألة ، والرأي الفقهي الشائع بين الفقهاء الجعفرين هو صحة العقد إذا لم يكن مسبوقاً بنهي المالك عنه ، ونص العلامة الحلي في التذكرة على اتفاق علماء الطائفة عليه ، وحجتهم في ذلك ان هذا النوع من العقود لم يفقد إلا الاذن من المالك في المعاملة ، وليس في أدلة العقود ما يشير إلى ان الاذن السابق على العقد شرط في صحته ، ولا يستفاد من تلك الأدلة أكثر من اعتبار الاذن إذا لم يكن العاقد مالئاً ، فإذا أجاز المالك العقد ورضي به بعد صدوره من الفضولي يتم العقد بجميع مقوماته وشروطه .

وجاء في نهج الفقهاء : ان المراد من قوله تعالى : اوفوا بالعقود هو وجوب الوفاء على كل غاقد بمقده باعتبار انه قد التزم به ، والالتزام المصنع لنسبة العقد إلى المالك كما يحصل بالاذن لغيره في انشائه كذلك يحصل بإجازته له بعد قيام الغير بانشائه ، ذلك لأن نسبة العقد إلى المالك لا تتوقف على صدوره منه ، لأن عقد

الوكيل والمأذون تصح نسبتها إلى الموكل والأذن مع انها لم تصدر منها، فيبتعين كتابة الالتزام في جواز نسبة العقد إلى المالك ، والالتزام كما يحصل بإنشاء العقد مباشرة يحصل أيضاً بالأذن بإجراء العقد وبالإجازة والرضا المتأخرين عنه (١) .

ومن جملة الأدلة على صحة الفضولي ما جاء في الحديث : ان النبي (ص) دفع إلى عروة البارقي ديناراً ليشتري له شاة للأضحية ، فاشترى به البارقي شاتين وباع أحدهما بدينار وجاء بالشاة والدينار إلى النبي (ص) فقال له : بارك الله لك في صفقة يمينك .

فإن البيع الصادر من عروة لشاة لم يكن مأخوفاً به ولو كان الفضولي فاسداً لم يملك المشتري الشاة ولا البائع للدينار ، مع ان النبي (ص) بارك هذا العقد وأقر عروة على معاملته .

على ان فريقاً من الفقهاء يرى ان التصرف الحاصل من عروة البارقي كما جاء في الحديث الحاكي له خروج عن حدود الفضولية المبحوث عنها في هذه المسألة، ذلك لأن عروة قد استلم الثمن وسلم الشاة إلى المشتري ، وليس للفضولي حق التصرف في المبيع وثمنه ، حتى ولو بنينا على صحة العقد الصادر منه ، فلا بد والحالة هذه من أحد أمرين ، اما خروج هذا النوع من المعاملات المقررة برضا المالك عن الفضولية والاكتفاء بالرضا الباطني عن الاذن الصريحة في مقام التصرف بالغير بيعاً وشراء وغير ذلك .

واما بأن يكون التسليم الصادر من عروة إلى المشتري مصدوره عنه برضا النبي (ص) واستلامه لثمن كان بنحو الامانة باعتبار ان المشتري كان يعلم بأن البائع غير مالك ولا مأذون في مثل هذا التصرف فيكون العقد فضولياً في مثل

ذلك ، ويصح اعتبار الحديث الحاكي لفعل عروة واقرار النبي (ص) له دليلاً على صحة الفضولي ، ولكن ليس في الحديث المذكور ما يرجع لإرادة هذا المعنى منها (١) .

ومن أدلة الفضولي ما جاء عن محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر (ع) : ان عليا (ع) قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه ، فجاء سيدها فقال وليدتي باعها ابني بغير اذني ، فقال علي (ع) : الحكم ان يأخذ وليدته وابنها ، فتأشده الذي اشتراها ، فقال (ع) خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك ، فلما رآه أبوه قال : ارسل ابني . قال : لا والله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني ، فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه .

وجعل المعنى المتحصل منها ، هو ان الامام (ع) أشار على المشتري ان يأخذ ابن المالك في مقابل ولده حينما رفض امضاء البيع الصادر من ولده ، وكان من نتيجة ذلك ان المالك حينما رآه مصراً على ان يأخذ ابنه عوضاً عن ولده ، أجاز البيع وتم للشري ملك الجارية بالعقد الصادر فضلاً وبالإجازة من المالك ، وهذه الرواية أصرح على صحة الفضولي من رواية عروة السابقة ، ولكن الشيء الذي دعا جماعة من الفقهاء لتشكيك في دلالتها على صحة الفضولي ، هو ان القائلين بأن العقد الواقع من غير المالك يصح وينفذ بإجازة المالك إنما يقولون بذلك إذا لم يرفض المالك العقد أولاً ، اما إذا رفض العقد فلا تنفع الإجازة بعد ذلك ، والذي يستفاد من هذا الحديث ان المالك لم يوافق على العقد الصادر من ولده ووقف مع المشتري موقف الخصومة ، ولولا ان المشتري قد حاول ان يجبس له ولده لما أجاز البيع (٢)

١ - انظر المكاسب للشيخ الانصاري ومنية الطالب للفونساري .

٢ - انظر الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي مبحث الفضولي من كتاب التجار ، والذين اعتمدوا على الحديث واعتبروه من ادلة الفضولي لم يفتوا عن ان الاجازة بعد الرد لا تنفع لتصحيحه ولكنهم يدعون ان موقف المالك من المشتري ليس صريحاً في رد البيع وعدم الموافقة عليه ، فافضاله بعد ذلك دليل على انه كان متردداً في الرد او الالتزام .

واستدل انصار الفضولي بالأضافة إلى ما ذكرناه ببعض النصوص التي تدل على صحة النكاح الواقع فضولاً عن أحد الزوجين أو وليها ، ومن ذلك ما جاء في رواية زرارة عن أبي جعفر الباقر (ع) قال : سأله عن مملوك تزوج بغير إذن من سيده : فقال (ع) ذاك إلى سيده إن شاء أجازته وإن شاء فرق بينهما ، قلت أصلحك الله : إن الحكم بن عيينه وإبراهيم النخعي وأصحابها يقولون إن أصل النكاح فاسد لا تحلله إجازة السيد فقال (ع) : إنه لم يعص الله وإلغا عصى سيده ، فإذا أجاز فهو له جائز .

فقد وضع الإمام (ع) مبدأ عاماً مفاده أن معصية الله سبحانه لا يمكن لأي شخص أن يكفر عنها ، وأما معصية العباد بعضهم لبعض فمن حيث إن مخالفة بعضهم لبعض فيما هو مشروع بذاته ، هذه المعصية يمكن زوالها بإجازة صاحب الحق وموافقة على العقد ، وما نحن فيه العقد الصادر من المملوك باعتبار أنه مشروع بذاته وليس فيه معصية إلا للمالك فلو أجازته ورضي به يكون صحيحاً ونافذاً ، وإذا صح النكاح فضولياً بالإجازة من صاحب الحق تصح الفضولية في البيع وغيره من العقود بالأولية لأن الشارع قد تشدد في النكاح واحتاط فيه أكثر من الأموال ، هذا بالإضافة إلى أن السؤال وإن كان بالنسبة للنكاح الواقع من العبد بدون إذن من سيده ، إلا أن الإمام عليه السلام في الجواب لم يقتصر على مورد السؤال بخصوصه ، بل وضع أصلاً عاماً ينطبق على كل تصرف في حقوق الآخرين من غير فرق بين النكاح وغيره من العقود ، لأن المقصود بقوله (ع) لم يعص الله وإلغا عصى سيده ، هو أن كل ما كان مشروعاً وليس معصية لله ولو كان فيه حق للغير يصح وينفذ إذا رضى صاحب الحق وأجاز ذلك التصرف ، وبناء على ذلك يكون الحديث بعمومه دالاً على حكم بقية العقود ، ولا نحتاج إلى الأولوية التي اعتمد عليها بعض الفقهاء في تسرية هذا الحكم من النكاح إلى غيره من العقود المالية .

وقد أضاف القائلون بصحة العقد الواقع فضولياً إلى هذه الأدلة بعض النصوص

التي تعرضت لحكم الإنجاء بال الصبي وعقود المخاربة كما يبدو ذلك للمتبع في  
الجاميع الفقهية الجفرية ، ولا يعني ان تعرض لكل ما قيل حول هذه  
المواضيع .

ومهما كان الحال . فقد بين بما ذكرنا ان القول الشائع المشهور بين الفقهاء هو  
الاكتفاء بالعقد بعد الإجازة من المالك اعتماداً على القواعد العامة وبعض النصوص  
الواردة في البيع والنكاح وغيرهما .

اما القائلون بالفساد فقد استدلوا بقوله سبحانه : ولا تأكلوا أموالكم بينكم  
بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراض ، حيث ان الآية قد نصت على ان التجارة  
التي يحل فيها أكل الاموال هي التي تقتون برضا المتعاقدين ، والتجارة بنحو الفضولية  
لم تقتون برضا المالك .

وأجاب القائلون بصحة عقد الفضولي إذا أحلته الإجازة من المالك : بأن الآية  
لا تدل على أكثر من الرضا بالتجارة شرط حلية أكل المال ، والمفروض وجود  
هذا الشرط بعد إجازة المالك ، على ان الخطاب بالآية لأصحاب الاموال ، والتجارة  
الواقعة فضولاً إنما تنسب الى مالك المبيع بعد الإجازة ، وفي هذا الظرف تكون  
مقرونة بالرضا فتشملها الآية حتى ولو بنينا على ان الاستفادة منها مقارنتها لهذا  
الشرط وهو الرضا .

ومن أدلتهم ما جاء عن النبي (ص) انه قال لحكيم بن حزام : لا تبع ما  
ليس عندك .

حيث ان النبي عنه لأجل انه لا يقدر على تسليمه للشترى ، والفضولي لا يقدر  
على تسليم المبيع وليس له هذا الحق حتى عند القائلين بصحة عقده إذا أحلته إجازة  
المالك .

وجاء عن الامام الحسن العسكري (ع) انه قال : الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالها أو بأمره أو برضا منه .

وروى محمد بن مسلم : ان رجلاً اشترى من امرأته بعض القطائع فكتب اليها كتاباً قد قبضت المال ولم يقبضه ، أعطياها المال أم يمنعا؟ قال الامام (ع) بـل يمنعا أشد المنع : انها باعت ما لم تملكه . وقد أجاب القائلون بصحة الفضي عن هذه الرويات ، بأن المنع عن بيع ما ليس ملكاً للبائع ، وما ليس عنده متجفة لصورة ما لو باع العاقد لنفسه كما هو الظاهر منها ، فيكون النهي عن هذا النوع من البيع مرجعه إلى عدم تمامية البائع ، وهذا لا يمنع من وقوعه للبائع إذا جاز البيع الواقع على ماله .

والنص الذي رواه محمد بن مسلم عن الإمام (ع) لا يدل إلا على عدم جواز تسليمها الثمن ، والقائلون بصحة الفضي لا يعارضون في ذلك ، ويلتزمون بأن المشتري ليس له ان يسلم الثمن الى العاقد الفضي إلا اذا اذن له المالك .

الصورة الثانية : ان يكون البيع من الفضي مسبقاً ببيع المالك ، وقد نص جماعة من الفقهاء القائلين بصحة البيع في الصورة الاولى على بطلان العقد في هذه الصورة ، واحتجوا لذلك بأن المنع السابق على العقد يبقى أثره مستمراً إلى ما بعد العقد ، فلا تنفعه الاجازة من المالك .

قال الشيخ مرتضى الانصاري: والمشهور ايضاً صحته، وحكي عن فخر الدين (١) ان بعض الجوزين للفضي ، قد اشترط ان لا يسبقه المنع من قبل المالك وأضاف الى ذلك قوله : ويلوح اليه ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل البنوي ، ايا عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ، على انه ان نكح بعد منع مولاه وكرهته

---

١ - فخر الدين أحد فقهاء الامامية .



له ، ومن ذلك تبين ان القول بفساد العقد في هذه الصورة لا مدرك له إلا ان المنع السابق يبقى أثره مستمراً الى ما بعد العقد ، وعدم الرضا بالعقد ولو زمنياً يسيراً بعده يكفي لبطالانه وعدم تأثير الاجازة المتأخرة فيه ، ويؤيد ذلك ان المحقق على فساد بيع الغاصب ، بأن الغصب قرينة على عدم الرضا بالعقد ، والمنع السابق يبقى مستمراً ما لم يتبين من المالك خلافه .

ولكن أكثر الفقهاء لم يفرقوا بين هذه الصورة والصورة السابقة ، ذلك لأن عدم الرضا المستصحب الى ما بعد العقد ليس رداً للعقد حتى لا تنفع فيه الاجازة ، هذا بالإضافة الى ان رواية محمد بن قيس المتقدمة قد نصت على صحة البيع بعد الاجازة المتأخرة مع العلم بأن المالك لم يرض بالبيع الصادر من ولده بدليل انه قد وقف مع المشتري موقف الخصومة الكاشف عن عدم رضاه ، ولولا ان المشتري أراد ان يحبس ولده لما أجاز البيع .

على ان النصوص التي تعرضت لحكم نكاح العبد ، لقد نصت على ان معصية السيد لا تمنع من تأثير الاجازة ، ويؤيد ذلك ان المكره إذا رضي بعد ذلك وأجاز به يصح منه ، مع ان العقد حين صدوره من المكره كان فاقداً للرضا الى حين صدور الاجازة المتأخرة .

ومها كان الحال فالشهور بين الفقهاء عدم الفرق بين ان يكون العاقد مسبوقاً بمنع المالك عن العقود وبين عدمه ، لان العقد تام من جميع جهاته ما عدا اذن المالك ورضاه ، فاذا رضي بعد ذلك يستوفي العقد جميع شروطه ولم يعد ما يمنع من تأثيره الاثر المقصود للمتعاقدين .

الصورة الثالثة : ان يبيع الفضولي لنفسه ، وأكثر ما يكون ذلك في بيع الغاصب المتملك للمغصوب عدواناً ، فانه يبيع المال المغصوب بقصد تملك الثمن ،

والمشهور بين الفقهاء صحة البيع في هذه الحالة للمالك الواقعي إذا أجاز العقد، لأن العقد تام من جميع جهاته، ولم يفقد سوى رضا المالك، فإذا رضي به وأجاز البيع تشمل تلك الأدلة التي تنص على وجوب الوفاء بالعقود والعمل بما يقتضيه ذلك العقد ولا يمنع من ذلك قصد البائع أن يكون البيع لنفسه، لأن المبادأة المقصودة بالبيع تقتضي وضع كل من العوضين مكان الآخر ودخول الثمن في ملك من خرج الثمن عن ملكه، وقصد البائع ليس جزءاً من المعاوضة لأنه لم يقصد ذلك إلا لأنه يرى نفسه مالِكاً ولو ادعاه فيكون المقصود في واقع الأمر البيع للمالك، هذا بالإضافة إلى أن صحيحة محمد بن قيس السابقة التي نصت على نفوذ العقد بالإجازة هذه الصحيحة موردها هذه الصورة كما يبدو ذلك بعد التأمل فيها، كما وإن بقية الأدلة والمؤيدات التي اعتمد عليها أنصار الفضولي في الصورتين السابقتين، وبينهما تجري في هذه الصورة، وتنفرد هذه المسألة عن غيرها من مسائل الفضولية بأن الحجة ضدها أوسع انتشاراً وأكثر انصاراً وقد تناولها خصوم الفضولية بالنقد من جهتين .

الاولى : أن البائع إذا قصد البيع لنفسه، هذا القصد منه لا يتفق مع المعاوضة الحقيقية لأن مقتضى المعاوضة أن يكون كل من العوضين قائماً مقام الآخر، فإذا كان المبيع ملكاً لغير البائع فمن اللازم أن يكون الثمن للمالك المبيع بمقتضى كونه عوضاً عنه، فإذا قصد البائع أن يكون الثمن له هذا القصد مع قصد المعاوضة الحقيقية متافيان، لأن قصده أن يكون الثمن له يرجع إلى عدم كونه عوضاً عن المبيع، وقصد المعاوضة الحقيقية معناه أن الثمن قائم مقام المبيع .

الجهة الثانية : أن الإجازة الصادرة من المالك إذا تعلقت بالعقد كما أوقفه العقاد، لزم أن يكون الثمن للعاقِد الفضولي لا للمالك المهيض، وإثبات لم تتلقت بالعقد كما أنشأه العقاد بأن أجاز البيع لنفسه، لم تكن إجازة للعقد، فلا يكون

العقد الواقع من الفضولي مجازاً .

والجواب عن الجهة الأولى : ان المتفاوت بين قصد البائع البيع لنفسه والمعاوضة الحقيقية انما تلزم إذا لم يكن الغاصب بانياً على ملكية المصوب ولو عدواناً وادعاءً ، حيث انه بناء على ذلك لا يتأتى منه قصد المعاوضة الحقيقية ، اما لو كان الغاصب البائع بانياً على ملكية المبيع او على كفاية التسلط عليه في مقام البيع ، فيتم منه قصد المعاوضة الحقيقية ، ولا يترتب أثر على قصده بخصوص ملكية الثمن بمعنى ان هذا القصد لا يملكه الثمن .

والجواب عن الجهة الثانية : ان المقصود من العقد هو المعاوضة بين المالكين ، وخصوصية كون الثمن للبائع ، والمبيع للمشتري من المقارنات الخارجية عن المقصود الأولي للمتعاقدين الذي هو عبارة عن تبديل المالكين لا غير ، والاجازة للعقد مرجعها الى الرضا بالثمن في مقابل المبيع والخصوصيات المقارنة للعقد لم تتعلق بها اجازة المالك ، وليست موضوعاً لأثر شرعي من حيث ان الشارع قد ألغى قصد العاقد في مثل هذه الحالات ، نعم لو كانت خصوصية كون الثمن للبائع او للمالك هي المقصود الأصلي من العقد او من جهة مقاصد المتعاقدين ، فلا تكون اجازة المالك اجازة للعقد ويكون المجاز غير المقصود من العقد ( ١ ) .

ورجع الشيخ جعفر كشف الغطاء ، ان البيع في المقام يصح لغاصب ، وذلك لأن اجازة المالك للعقد الواقع من الغاصب القاصد لتملك الثمن ، هذه الاجازة للعقد من المالك الواقعي للبيع مرجعها الى تملكه المبيع ، نظير ما لو قال له المالك اشتري بجلي داراً او طعاماً لنفسك حيث ان الاذن له بالشراء يرجع الى تملكه المال فيكون الشراء من ماله ، والاجازة في المقام تعطى هذه النتيجة ، وليس في ادلة المقود ما يعين دخول الموض في ملك من خرج عنه المعوض ، وكل ما يستفاد منها

حلية البيع ووجوب الوفاء به ، وليس هو إلا المبادأة بين المالكين (١) .

ولا فرق بناء على صحة الفضيoli بالأجازة بين ان يكون بالعقد او التعاطي عند أكثر القائلين بصحته .

قال الشيخ الانصاري في المكاسب: والظاهر انه لا فرق فيما ذكرنا من اقسام بيع الفضيoli بين البيع العقدي والمعاطاة ، بناء على افادتها للملك ، فان التبايض بين فضولين أو فضيoli وأصيل إذا وقع بقصد انشاء التملك وإجازة المالك يتم به البيع من حين الإجازة او من حينه وتشمله مومات البيع والتجارة كما تشمل التعاطي بين أصليين أو وكيلين ، هذا كله بناء على ان المعاطاة تفيد الملك اما بناء على انها لا تفيد أكثر من إباحة التصرف كما رجح ذلك جماعة من الفقهاء ، فلا مجال لصحتها من غير الملك ، لان قصد الإباحة بالإعطاء من الطرفين انما يؤثر في إباحة التصرف إذا كان من المالك ، فلو وقع من غير المالك يكون لقوا ، ولا تنفعه إجازة المالك لانها عبادة عن تسليط الغير على التصرف ، وهي بهذا المعنى إباحة لتصرف لا إجازة لعمل سابق في الوجود عليها .

ومهما كان الحال فتحقق الفضولية بالتعاطي بين فضولي وأصيل أو بين فضولين كانت هدفاً لمجموع جماعة من الفقهاء ، من حيث ان التعاطي قوامه التسليم والتسلم من الطرفين ، وهما من شؤون المالك أو المأذون في التصرف ، والفضولي ليس مالكا ولا مأذوناً ، فلا يحل له ان يتصرف في أموال غيره أخذاً وإعطاءً هذا بالإضافة إلى ان التملك بالفعل لولا السيرة الجارية بين الناس على الاكتفاء به في التعبير عن إرادة المتعاقدين ، لولا ذلك لكانت الالفاظ هي الوسيلة الوحيدة في

---

١ - لا يخفى ان إجازة المالك من قبل المالك انما يتصور رجوعها الى تملك المالك للعقد للبيع فيما لو أجاز العقد مع علمه بالنقص ولم يكن قاصداً بإجازته تملك الثمن ، اما لو قصد ذلك كما هو المروى في المقام فلا يبقى مجال لقياس هذه المسألة بمن ان لغيره بشراء دار أو طعام بماله حتي ولو كان عالماً بالنقص ، انظر منية الطالب والمكاسب .

المعاملات والمقود ، والسيرة الجارية بين الناس على الاكتفاء بالتعاطي مختصة بالتعاطي من المالكين ، فالتعدي إلى التعاطي من غير المالك بقصد انشاء التمليك يحتاج إلى دليل ( ١ ) .

\*  
\* \*

---

١ - وقد اجاب الذين توسعوا في الفسولية بأن الفسولية لا تحتاج إلى التسليم والتسلم في جميع الحالات لان الفسولي قد يشتري لغيره في النعمة كما لو استلم البيع من ماله بضمن في نعمة المشتري ، هذا بالإضافة إلى أنه قد يحصل الإقباض والاستلام من الفسولي برضا المالك ، بناء على أن مجرد الرضا لا يوجب خروج العقد عن الفسولية كما رجح ذلك جماعة ممن الفقهاء ، على أنه لو التزمنا بحرمة التسليم والتسلم من طرف الفسولي ، فلا يلزم من ذلك فساد المعاملة لأن النهي عن المعاملة لا يقتضي فسادها فيما لو تعلق باتشاء المعاملة ومن خصوص اتشاء التمليك بالتعاطي ، فإن العرف لا يفرق بين اتشائه بالتسليم والتسلم من المالكين أو من فسولي وأصيل بعد أن كان يعتبر التعاطي من وسائل التمليك والمعارضة .

## اجازة المالك لعقد الفضولي

٢٤

لقد ذكرنا ان المشهور بين فقهاء الجعفريين ان العقد الصادر من غير المالك فضولاً عنه يصح بالاجازة المتأخرة من المالك ويصبح نافذاً كغيره من العقود الراقعة بين اصليين ، والقائلون بأن العقد لولا الاجازة يكون لغيراً اختلفت آراؤهم في ان الاجازة تؤثر في العقد من حين صدوره او من حينها فذهب إلى كل رأي فريق من العلماء ، وقد وصلها القائلون بأنها لا تؤثر إلا من حين صدورها بالنقل ، ووصفها القائلون بأن لها مفعولاً رجبياً بالكشف ، ومعنى ذلك هو ان الاجازة اللاحقة إذا لم تكن كافية لترتيب الآثار على العقد من حين صدوره من الفضولي تكون نافذة لآثار العقد الذي هو آلا لإنشاء التملك والتملك إلى حين صدورها ، اما إذا كانت بوجودها المتأخرة تكفي لإحياء العقد وترتيب الآثار عليه من تاريخ صدوره ، تكون كسفة عن ان العقد بوجوده السابق هو المؤثر في التملك المقصود المتعاقدين .

والقائلون بأن الاجازة بوجودها المتأخر تكشف عن ان العقد قد اثر التملك والتملك من حين صدوره ، هؤلاء بين من يرى أنها كسفة عن السبب المؤثر المتقوم بالمقد ، كما يظهر ذلك من الحقن الكركي والشيد الثاني ، وبين من يرى انها كسفة عن وجود الشرط الذي يتوقف عليه تأثير العقد وهو لحوق الاجازة بالعقد ، وفسر بعضهم الكشف بأنها كسفة عن الأثر المترتب على العقد ، باعتبار

انها شرط متأخر لتوب ذلك الأثر ، وقال آخرون : ان المراد من الكشف هو انها موجبة لحكم الشارع بشئ آثار العقد من حين صدوره ، ويجمع هذه التفسيرات للكشف هو اعتبار العقد مؤثراً من حين صدوره من القضي ، اما لأنه السبب الكامل كما يدعي الكركي في جامع المقاصد ، او لأنها كاشفة عن الشرط المتأخر للعقد وهو الرضا التقديري من المالك (١) او لأنها كاشفة عن الشرط الذي هو عبارة عن لحوقها بالعقد ، او لأنها بنفسها وبوجودها المتأخر شرط لتأثير العقد وتأخير الشرط عن المشروط يتمتع في الأمور العقلية والتكوينية ، اما في الشرعيات فمن حيث انها تابعة لجعل الشارع لا يضر فيها ذلك لأن مرجع الشروط الشرعية إلى ان الشيء الفلاني مثلاً قيد للشروط بنحو يكون تقييد الشروط به محدداً لإطلاقه من غير ان يكون لهذا الشيء المسمى بالشرط دخل في وجود المقيد ، وعلى هذا فمن الممكن ان يعتبر العقد مؤثراً في التملك من حين وجوده إذا أجاز المالك ولو وقت الاجازة متأخرة عن العقد ، وتام العلة للملكية المجمولة هي ارادة الجاعل ، وتقييد الملكية بالاجازة المتأخرة من حيث ان الغرض المقصود من جعل الملكية لا يحصل إلا في ظرف حصول الاجازة ، فإذا حصلت الاجازة في الزمن المتأخر عن العقد تكون الملكية السابقة عليها موضوعاً لغرض ، فيوجب تقييد الملكية بالاجازة بناء على هذا الترجيح ، إلى ان الملكية المجمولة في عقد القضي هي المضافة إلى الاجازة ، والاضافة حاصلة حين العقد ، وتأخر الاجازة لا يوجب كون الاضافة متأخرة عن العقد .

ومما كان الحال فالذين التزموا بهذه الأمور من الفقهاء إنما لجأوا إليها تهريباً من المجموع الموجه إلى اعتبار الاجازة بوجودها المتأخر شرطاً في تأثير العقد وهي مع ذلك بوجودها تكشف عن حصول التملك والمبادلة من حين صدور العقد ، فيحصل الغرض من المشروط قبل وجود شرطه المتأخر ، هذا الإشكال قد اضطر

---

١ - كما يدعي ذلك الحلق الرشدي احمد فقهاء الشيعة في كتاب الاجازة .

القائلين بأن آثار العقد ترتب عليه من حين صدوره إلى هذه التأويلات التي ذكرناها .

وبالإمكان ان نستغني عن كل ما قيل في المقام من المحاولات التي ذكرها الفقهاء والرجوع إلى العرف في مثل ذلك ، وبلا شك ان العرف يرى اجازة المالك ورضاه بالعقد الذي أوقعه الفضولي على ماله اقراراً للتصرف الواقع منه وامضاء له من حين صدوره (١) .

ولكن الفقهاء قد اعتبروا البحث في هذه الناحية جوهرياً وموضوعاً لبعض الآثار الشرعية التي تختلف أشد الاختلاف بلعاط كونها كمشقة أو فاقعة على حد تعبيرهم . فمن ذلك جواز التصرف لكل من البائع والمشتري فيما انتقل إليه بناء على الكشف الحقيقي وبناء على ان الشرط هو الرضا او لحوق الاجازة للعقد .

اما بناء على النقل او الكشف الحكمي فلا يسوغ لها التصرف بمجرد العقد ، ذلك لأنه بناء على النقل لا يترتب الأثر على العقد إلا من حين الاجازة ، ولازم ذلك بقاء كل من العوضين على ملك مالكة ، وبناء على الكشف الحكمي الذي هو عبارة عن حكم الشارع تبعداً بترتيب آثار العقد من حين صدوره ، فالعقد قبل الاجازة وقبل الحكم بترتيب الآثار عليه لم يؤثر في النقل والتملك ، ومقتضى ذلك عدم جواز التصرف من كل منهما بالعوضين ، ويجوز للاصيل على هذين التقديرين ان يتصرف في العين التي عقد عليها بكل أنواع التصرفات لبقائها على ملكه ، ولو تصرف بها بالبيع او الشراء ونحو ذلك من التصرفات المملوكة يعتبر ذلك رجوعاً منه عن العقد ، ولم تعد الاجازة من المالك صالحة لإبرام العقد الواقع بين الفضولي وبين الطرف الثاني الاصيل .

اما بناء على الكشف فليس للاصيل ان يتصرف بما يناقض العقد الصادر منه ،

---

١ - انظر الجواهر كتاب المتاجر والمكاسب ومنية الطالب وغيرها من مجاميع الفقه الشيعي .



لان المؤثر في النقل والتملك هو العقد وقد تم من جهته ، فإن رد الطرف الثاني المالك للمعين ينسخ وان أجاز كانت اجازته امضاء من طرفه لا غير ، وقد توسع المحقق الكركي وبعض الفقهاء فعمموا هذا الحكم في حق الأصيل حتى ولو كانت الاجازة ناقلة بحجة ان العقد تام من جهته فيكون مشمولاً لمعومات الرضاء بالعقود .

ومن الآثار الشرعية التي يختلف الحكم بالنسبة إليها بين القول بالكشف والنقل هو ان البناء الناتج من العوضين بناء على ان العقد لا يؤثر في النقل والتملك إلا من حين الاجازة ، يكون للمالك الأول لأنه نتج في ملكه ، واما بناء على الكشف فهو للمالك الثاني من غير فرق بين أنواع الكشف وصوره .

قال الشهيد الأول في الروضة : وتظهر الفائدة في البناء ، فان جعلناها كاشفة فالبناء المنفصل المختل بين العقود والاجازة الحاصل من المبيع يكون للمشتري ، وبناء الثمن المعين للبائع ، وان اعتبرناها ناقلة فمما للبائع ( ١ ) .

ومن الآثار التي يختلف حكمها على القولين : هو ان الاجازة لو كانت ناقلة يصح للطرف الثاني الأصيل ان يتراجع عن التزامه وانشائه حيث انه يجوز لكل من المتعاقدين ان يبطل انشائه قبل قيام العقد ، والاجازة بناء على النقل متممة للعقد ، وبناء على الكشف لا يتسلط الأصيل على ابطال انشائه لأن العقد تام من الجهتين ولطرف الآخر الحق في ابطال العقد واقراره من حيث ان التعاقد اوقعه فضولاً منه ( ٢ ) .

ومن الآثار ما لو خرج أحد المتعاقدين عن قابلية التملك بوث ونحوه ، او

---

١ - انظر نهج الفقهية ص ٢٢٧ .

٢ - نفس المصدر ص ٢٢٨ ، ولقد تردد في هذه النتيجة من حيث انها مبينة على جواز ابطال العقد قبل تمامه ، والاجازة حتى بناء على النقل ليست من اجزاء العقد وانما هي من شرائط صحته ، وفي مثل ذلك لم يشهد جواز التراجع منه .

خرج أحد العوضين عن قابلية الملك بالتلف ونحوه ، فبناء على أن العقد لا يتم إلا بالاجازة يبطل العقد في هذه الحالة لقوات موضوع قبل تمام اجزائه وبناء على الكشف لا يبطل العقد وينتقل الحق في الاجازة إلى الوارث لحدوث هذا العارض بعد تمام العقد .

ومقتضى القواعد العامة ان خروج أحد المتعاقدين عن قابلية التملك ، أو خروج أحد العوضين عن قابلية الملك لا يقتضي بطلان العقد الواقع فضولياً على القول بالنقل كما ادعاه جماعة من الفقهاء ، ذلك لأن الذي خرج عن القابلية ان كان هو الأصل فإن عوض ينتقل إلى ورثته بالإرث من أبيهم ، فإن أجازوا العقد يصح بالنسبة لهم ولا يبطل لأن المال الذي جعله عوضاً عن المبيع لم يخرج عن ملكه بمجرد انشاء العقد قبل الاجازة من المالك ، والتمليك بناء على النقل لا يحصل إلا بعد الاجازة ، وحينئذ لا يبطل العقد بمجرد موت الأصل بل يكون موقوفاً على اجازة الوارث والطرف الآخر الذي وقع العقد فضولياً عنه .

اما لو خرج عن الأهلية مالك المبيع الذي اوقع الفضولي العقد عنه فالمال الذي وقع العقد عليه قبل الاجازة ينتقل إلى ورثته وهم بدورهم يقومون مقام مورثهم بالنسبة إلى اجازة العقد ورده من غير فرق بين ان تكون الاجازة كاشفة او فاقلة .

ولو خرج أحد العوضين عن قابلية الملك بأن تلف او عرض عليه ما يسقط ماليته ، فإن كان التالف مال الأصل بعد ان اقبضه إلى الطرف الآخر فلا أجاز يصح العقد بناء على الكشف لأن الملك يتم بالعقد والتلف قد حصل بعد القبض فيصح العقد ويكون التلف من مال القابض ، ويبطل العقد بناء على النقل ، لأنه ينتلف في ملك مالكة الأول وقبل الاجازة لا يحصل الملك بناء على ذلك ، ولو كان التلف قبل القبض يكون من مال البائع ويبطل العقد سواء كانت الاجازة كاشفة

أو ناقلة ، وإن كان التالف المال الذي وقع عليه العقد فضولاً يبطل العقد على التقديرين الكشف أو النقل لأنه بعد التلف لا يبقى موضوع الاجازة (١) .

ثم انه لو استغنى من الأداة ان اجازة العقد الواقع فضولاً ليس لها مفعول رجعي بالنسبة إلى ما مضى وإن الآثار لا ترتب إلا من حين حدوثها ، فلو قصد المجهز ترتيب الآثار من حين العقد بكون قصده لغواً لأن الاجازة لا تشرع حكماً في مقابل الأداة ولا يستفاد منها أكثر من التعبير عن رضا المالك ورغبته في المعاملة ، وكذلك فيما لو قصد المجهز ترتيب الآثار من حين الاجازة بناء على ان العقد الواقع بين الفضولي والأصيل يتم به التملك إذا ألحقت الاجازة كما هو مفاد الكشف عند الفائلين به ، ولا يجدي منه هذا القصد ما دامت الاجازة كاشفة عن ان العقد مؤثر في التملك من حينه .

وقال الشيخ الأنصاري في مكاسبه : فلو قصد المجهز الامضاء من حين الاجازة على القول بالكشف أو الامضاء من حين العقد على القول بالنقل ففي صحتها وجهان فبلعاط مخالفة هذا القصد للواقع واعتباره قيداً في الاجازة يلزم بطلانها لعدم موافقة الاجازة المقيدة بهذا القصد للواقع ، وبلعاط ان القصد المذكور ليس قيداً للاجازة بل هو وحدة المطالب بل هو أمر خارج عنها فهذا اليعاط يلزم الاكتفاء بالاجازة وإنهاء القصد (٢) .

ويبدو من النصوص الفقهية ان الاجازة كما تصح باللفظ الصريح كذلك تصح بالفعل والكتابة ونحوها مما يعبر عن رغبة المالك وإرادته ، ويؤيد ذلك ان النبي (ص) أجاز المعاملة التي أجزاها عروة البارقي فضولاً بقوله بارك الله لك في صفقة بينك ولم يستعمل الألفاظ الصريحة في الاجازة بل استعمل هذه الكلمات التي تدل

١ - انظر نهج الفقاهة ص ٢٤٣ .

٢ - المكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري مبحث الفضولي وشرحها للسيد . كلام الزيني

عليها بالملازمة ، ونص العلامة الحلي على ان الزوجة المعقود عليها فضولاً لو مكنت الزوج من نفسها كان ذلك اجازة منها .

ورجح الشيخ الانصاري في مكاسبه ان المول على الرضا في الفضولي ويبسح المكره بأي طريق كان كما يظهر ذلك من فتاوى الفقهاء وبعض النصوص عن الأئمة (ع) ، وأيد دعواه هذه بأن جماعة من الفقهاء لم يكتفوا بالسكوت في الموارد التي تحتاج إلى الرضا من حيث ان السكوت لا يدل عليه ، ولو كان اللفظ شرطاً في التعبير عنه لكان هذا التعليل منهم لغواً ، على ان جماعة من الفقهاء يكتفون بسكوت البكر ويمتروونه اجازة للعقد الواقع عليها فضولاً لأنه يكشف عن رضاها بالعقد ، هذا بالإضافة إلى بعض المرويات عن الأئمة (ع) وقد جاء في بعضها ما يؤكد بأن كل ما يدل على الرضا يكون اجازة للعقد .

فقد روى عبدالله بن وهب : ان رجلاً جاء إلى الإمام الصادق (ع) وقال له : اني كنت مملوكاً لقوم وتزوجت امرأة حرة بغير اذن من مولاي ثم أعتقني بعد ذلك فأجده نكاحها أم لا ؟ قال (ع) أكلوا علوا انك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم ؟ قال نعم وسكتوا فني ولم يغيروا علي : قال (ع) سكوتهم منك بعد علمهم اقرار منهم أنت على نكاحك .

وفي بعض النصوص ان المولى إذا قال لعبده المتزوج بدون اذنه طلق زوجتك يكون ذلك اقراراً منه لزوج ورضا منه ، فقد روى علي بن جعفر عن أخيه موسى عن آبائه (ع) : ان رجلاً أتى علياً (ع) بعبدته ، وقال انه تزوج بغير أذني ، فقال (ع) لبيده فرق بينها ، فقال الرجل لعبده : يا عدو الله طلق . قال (ع) للعبد ان شئت طلق وان شئت امسك ، فقال الرجل عند ذلك : يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي جعلته إلى غيبي ، قال (ع) لأنك حين قلت له طلق أقررت على نكاحه (١) .

---

١ - انظر المكاسب للشيخ مرتضى وشرحها للسيد كاظم اليزدي .

ولكن الشيخ الانصاري بعد ان رجح كفاية الرضا في مقام الاجازة بالتقريب المتقدم ، ترده فيه أخيراً للأمر التالية :

الاول : ان الاكتفاء بالرضا من المالك يستلزم ان تكون الكراهة بذاتها فسخاً للعقد ولو لم يعبر عنها المالك باللفظ وغيره من الوسائل التي تعبر عما في نفس المالك ، ولازم ذلك بطلان الفضي المبوق بمنع المالك ، وبيع المكره ولو كان ملحوقاً بالرضا المتأخر عنه .

الثاني : لو اكتفينا بالرضا في مقام الاجازة ولو لم يحصل من الألفاظ التي تدل عليه ، يلزم ان نكتفي به إذا وقع مقارناً للعقد او متقدماً عليه ، كما لو علم المنشيء للعقد برضا المالك ببيع ماله ، فباعه فضلاً عنه ، لان الرضا إذا كان مؤثراً في العقد مع تأخره عنه يكون أولى بالتأثير فيما لو كان مقارناً او متقدماً عليه ولا يلتزم الفقهاء بذلك .

الثالث : ان أدلة العقود لا تشمل الفضي فيما إذا لم يكن ملحوقاً بما يصح اضافته إلى المحاطين ، لان قوله تعالى : اوفوا بالعقود ، يدل على وجوب الوفاء بالعقود المضافة إلى المالكين ، ومعلوم ان العقد لا يكون مضافاً إلى المالك إلا بالانشاء من الطرفين ، او بالاجازة المتأخرة ، او بالفعل المعبر عن ارادتها كما هو الحال في المعاطاة ، اما الرضا النفسي من المالك فلا يصح هذه الاضافة (١) .

ويكتفي القانون المدني في الاجازة بأي نحو وقعت من المالك ، فقد جاء في المادة ١٣٦ من القانون المدني العراقي : اجازة العقد الموقوف تكون دلالة وصرحة ، والاجازة دلالة تستنتج من قيام من له حق الاجازة بتصرف يدل على اجازته كبناء في الارض التي اشتراها الفضي ونحو ذلك من التصرفات ، وتصح

---

١ - المكاسب ، ونهج الفقهاء ص ٢٤٨ .

العقد بأثر رجعي فيعتبر صحيحاً من وقت إبرامه لا من وقت الاجازة (١).

ولا بد في الاجازة المصممة لعقد الفضي ان لا يسبقها رفض المالك للعقد ،  
لانه ينسخ بمجرد رد المالك فلا يبقى عقد لكي تلحقه الاجازة ، لان صيغة العقد  
لما تنتج الأثر المطلوب إذا لم يحصل ما يمنع من صدق العقد الذي يؤدي معنى  
التعاقد والترايط من الطرفين ، وإذا رفض المالك البيع الواقع من الفضي ينتهي  
العقد من أساسه فلا يبقى محل للاجازة المتأخرة .

ولكن الفقهاء لم يلقوا صفاء واحداً في هذه المسألة ، فقد تردد بعضهم في  
مانعة الرد عن الاجازة ، من حيث ان الرد لا يمنع من صدق العقد ، وكل ما  
في الأمر انه لا ينتسب إلى المالك إلا إذا انشاء مباشرة او أجاز انشاء الغير له ،  
فإذا أجازته ولو بعد الرد تصح نسبه إليه وتشمله أدلة الوفاء بالعقود ، وهذا  
بخلاف العقد الصادر من المالكين ، فإن الرد الواقع قبل القبول يمنع العقد عن  
الالتزام والتكامل ، على ان عقد الفضي لا يوجب أي تبديل بالنسبة للبيع الذي  
وقع عليه العقد ، فهو على ملك مالكة الأصلي قبل الاجازة فلا يكون لرد أي  
أثر بالنسبة إلى المال المعقود عليه ففضولاً ولم يثبت للمالك إلا الاجازة وعدما ،  
اما الرد بعناه الوجودي المقابل للاجازة فليس موضوعاً لأي أثر من الآثار لكي  
يكون ثابتاً للمالك فلا يمنع حينئذ عن حقوق الاجازة من المالك ، نعم لو ثبت له  
الرد بانه من المعنى الوجودي الذي هو عبارة عن إلقاء بيع الفضي بنحو لم يمد  
صالحاً لأن تلحقه الاجازة ، لو ثبت له الرد بهذا المعنى يكون الرد مانعاً عن  
الاجازة حينئذ .

ولكن الانصاف ان مقتضى السلطة الثابتة للانسان على ماله ان للمالك  
السلطة على إبطال العقد وأجازته بمعنى اقرار العقد وحله نظير السلطة الثابتة  
لذي الحيار التي هي عبارة عن اقرار العقد وإزالته ، وعلى ذلك فمقتضى سلطنة

---

١ - انظر ص ٢٥٢ من مصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم .

المالك على ماله ان له ابطال هذا الانشاء الصادر من القضي في ولا فان سلطنته تكون مقصورة على طرف واحد ، فإذا أبطله لم يعد قابلاً لأن تلحقه الاجازة كما يتبع أحد الضدين في حال وجود ضده الآخر (١) .

وهل تنتقل الاجازة إلى وريثة المالك فيما لو مات قبل الاجازة أم لا ؟ الظاهر انها لا تنتقل اليهم بالإرث ، لأنها من الأحكام الشرعية النابتة للمالك كجواز البيع والهبة والتملك والصلح وغير ذلك من العقود التي له إيجادها بما يدل عليها من الألفاظ والأفعال ، فكما ان للمالك ان يبيع ماله مباشرة أو بوكيله ، له ان يميز العقد الواقع عليه فضلاً ، فلو مات ينتقل المال إلى ورائه ، ولن يملك منهم المبيع مثلاً ان يميز العقد الواقع عليه لا من جهة إرث الاجازة ، بل من جهة ملكيتهم للمال موضوع الاجازة لأنه ينتقل اليهم بالإرث كبقية أموال المورث قبل اجازته للعقد الواقع عليه فضلاً ، ومن آثار تسلطهم عليه نفوذ اجازتهم فيما يتعلق به من التصرفات .

وبما يدل على ان الاجازة ليست من الحقوق التي تنتقل إلى الوارث هو انها لا تسقط بالإسقاط ولا تقع عليها المعاوضات كما هو الحال في غيرها من الحقوق ، والفرق بين إرث الاجازة وإرث المال ، هو ان الاجازة لو انتقلت إلى الوارث بالإرث لا بد وان يشترك فيها جميع الوارث حتى الزوجة التي لا تورث في المعاريات ، وهذا بخلاف ما لو قلنا بأن المال هو الذي ينتقل اليهم وحده بدون الاجازة ، فمن له الحق في اجازة المبيع هو الوارث للمال لا غير ، هذا كله بناء على انه لا يشترط في القضي ان يكون المميز هو المالك حين العقد ، اما لو قلنا بأن المميز للعقد لا بد وان يكون هو المالك حين العقد كما رجح ذلك بعض الفقهاء فلا يبقى محل للاجازة فيما لو مات المالك قبل الاجازة (٢) .

١ - انظر المصدر السابق ومنية الطالب للثونساري ص ٢٥٤ و ٢٥٥ .  
٢ - انظر ابلغة الفقيه للسيد محمد بحر العلوم وغيرها من فقه الشيعة .

ثم ان الاجازة التي لا بد منها لتصحيح العقد الفضولي لا يتعين على المالك المبادرة إليها بمجرد اطلاعه على العقد ، بل يبقى له الحق في الاجازة أو الرد ولو بعد مضي مدة من الزمن كما يقتضيه إطلاق الأدلة التي نصت على صحة العقد بإجازة المالك .

هذا بالإضافة إلى صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر (ع) حيث نصت على كفاية الاجازة من المالك بعد ان أولدا المشتري الجارية التي باعها ابن المالك بغير اذن من والده (١) .

على انه ليس للطرف الآخر الأصل حق على المالك لكي يتعين عليه المبادرة إلى الإجازة لبقاء المال على ملكه سيما بناء على ان العقد لا يؤثر في التملك إلا بعد الاجازة من المالك كما هو مفاد القول بالنقل ، نعم بناء على ان الأصل ليس له ان يتصرف في الموضع الذي جرى عليه العقد من قبله ، فلو لم من منعه عن التصرف ضرر عليه من حيث عدم مبادرة المالك إلى الاجازة أو الرد ، له ان يتراجع عن العقد دفماً للضرر اللاحق به ، بناء على ان العقد بملك من حين صدوره كما هو مفاد القول بالكشف ، لان الضرر الذي لحق به قد جاء من قبل لزوم العقد في حقه ، فإذا ارتفع اللزوم بقاعدة لا ضرر ولا ضرار يصبح المالك الأصل غيراً بين الفسخ والبقاء على المعاملة ، اما الزام المالك للعين الذي باعها العاقد فضولاً بالاجازة أو الرد كما هو أحد الحلول لهذه المسألة هذا الاحتمال لا مبرر له أصلاً ، ذلك لأن الطرف الأصل ليس له حق على المالك لكي يلزمه

---

١ - وقد جاء في الرواية : ان علياً (ع) قضى في وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب فاستولمها الذي اشتراها ، فجاء سيدها فقال وليدتي باعها ابني بغير اذني ، فقال علي (ع) الحكم ان يأخذ وليدته وابنتها ، فناشده الذي اشتراها ، فقال (ع) : خذ ابنته الذي باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع ، فلما رآه ابوه قال له : ارسل ابني ، فقال والله لا ارسل ابنتك حتى ترسل ابني ، فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنته .



بالإجازة أو الرد حيث أن الضرر الذي لحقه لم يحصل من قبله ، ولذا هو من جهة إقدامه على المعاملة مع علمه بأن البائع غير مالك للبيع وقد وقع العقد فضولاً عن المالك (١) .

ومهما كان الحال بعد البناء على أن الفضيولي يصح بالإجازة فهل يجب المطابقة بين الإجازة والعقد الواقع بين الأصيل والفضولي أو لا يجب فيها ذلك فتصح العقد ولو لم تكن مطابقة له من جميع الجهات ؟ لا اشكال بعدم كفاية الإجازة فيما لو تعلقت بغير الثمن أو غير المبيع ، كما لو باع الفضولي العقار لشخص ، فأجاز المالك بيع الدار أو السيارة مثلاً ، وكما لو اشترى الفضولي الدار بالف درهم ، فأجاز البيع بأية درهم مثلاً فلا تنفع الإجازة في مثل ذلك لأنها ليست لإجازة للعقد ، وإن كان الاختلاف بين العقد والإجازة من حيث الكيفية التي وقع عليها العقد ، كما لو باع الفضولي الدار والبستان ، فأجاز المالك بيع الدار وحده أو البستان وحده ، فالظاهر كفاية الإجازة في مثل ذلك لأن العقد الواقع على أمور متعددة ينحل إلى عقود متعددة حسب تعدد الأمور التي وقع عليها العقد ، ومن أمثلة ذلك ما لو باع الشريك تمام العين المشتركة ، فإن أجاز الشريك البيع في سهمه صح البيع في الجميع وإن رد البيع فيه ثبت للشريكي الأصل خيار تبعض الصفقة ، نظراً لصحة البيع بالنسبة لسهم البائع ، ومن أمثلة ذلك أيضاً ما لو كان العقد مشروطاً بشرط فأجاز المالك البيع بدون الشرط فيصح العقد بدون الشرط ، لأن الشرط التزام محله العقد وليس قيداً في التمليك المنشأ بالصيغة التي تعاقدا بها .

نعم لو كان الشرط على مالك البيع وأجاز بدونه يثبت المشتري خيار تخلف الشرط ، ولو كان الشرط للمالك وأجاز بدونه يتم العقد ويلزم في حقها ، ويكون

---

١ - انظر المكاسب وشرحها للسيد كاظم ومنية الطالب للخواصاري .

المالك بذلك مسقطاً لحقه في الشرط ، ولو وقع العقد مجرداً عن الشرط وأجاز  
المالك بشرط لمصلحته ولم يرض به الطرف الآخر الاصيل تصح الاجازة ويبطل  
الشرط ، لان الشروط الصحيحة هي التي يلتزم بها الطرفان حين التعاقد ، إلا إذا  
كانت الاجازة من المالك مقيدة بالشرط ، بنحو تكون اجازته مرتبطة بذلك  
الشرط ، فلو لم يرض الطرف الاصيل بالاجازة مع هذا القيد يبطل العقد لعدم  
حصول الاجازة من المالك حينئذ (١) .

\*

\* \*

## المجيز لعقد الفضولي

٢٥

لقد نص الفقهاء على ان المجيز المالك للبيع فضولاً لا بد أن تتوفر فيه الشروط التالية :

الأول : أن يكون حين الاجازة حائزاً على أهلية التصرف لأن الاجازة تتعلق بالمال فلا بد من وجود الشروط التي يتوقف عليها صحة التصرف ، كالبلوغ والعقل والرشد وذلك ، هذا بالإضافة إلى ان الاجازة من المالك نظير العقد الابتدائي ، فكما يشترط في المتعاقدين البلوغ والعقل والرشد فكذلك الحال بالنسبة إلى المجيز من غير فرق بين أن تكون الاجازة كاشفة عن تأثير العقد من حينه أو من حين صدورها .

فلو كان حين العقد غير صالح للتصرف وحين الاجازة أصبح صالحاً له ، كما لو باع الولي مال اليتيم من غير أن يراعي مصلحته في ذلك ، او زوج شخص صغير من غير أن تكون له ولاية عليه ثم بلغ الصغير فاجاز النكاح او البيع الواقع على ماله فهل تكفي اجازته والحال هذه ، ام يكون العقد لئولاً لا تلغى الاجازة الذي رجحه اكثر الفقهاء الاكتفاء بوجود مجيز للعقد صالح للاجازة حين انشائها ، وان لم يكن صالحاً لها حين العقد اعتدأ على الادلة العامة التي تنص على صحة عقد

الفضولي إذا أجازته المالك، وعلى النصوص التي تدل على جواز تزويج الصغار فضلاً  
الشامة مثل ذلك .

وقد خالف في هذه المسألة العلامة الحلي في القواعد والفقيه الاسكافي ، واحتج  
الحلي بأن العقد إذا لم يمكن له مجيز يكون باطلاً وإذا بطل في زمان لا يرجع  
صحيحاً فيما سياتي من الأزمنة ، على أن المشتري قد يتضرر بالانتظار لامكان أن  
لا يجيز المالك حيناً يصبح أهلاً للإجازة .

وبجمل القول في هذه المسألة أن المجيز إذا لم يكن صالحاً للإجازة حين العقد  
لسفه أو جنون أو لأن المبيع قد تعلق به حق للغير كما لو كانت أموال المالك  
مستغرقة بالدين أو مرهونة لشخص آخر ، أو كان البائع غير مالك للعين حين  
البيع فباعها ثم اشتراها منه ونحو ذلك، فلو لم يكن صالحاً للتصرف حين البيع من  
حيث التجبر عليه لسفه أو صغر أو لكون العين مرهونة وحين الإجازة أصبح  
صالحاً لها كما لو فك الرهانة أو أدى ما عليه من الدين أو بلغ الصبي وأصبح  
راشداً يجسّن للتصرف بأمواله فصح الإجازة في مثل ذلك ويلزم العقد بعد  
الإجازة ، وقد ذكرنا أن أكثر الفقهاء يكتفون بالإجازة المتأخرة إذا كان المجيز  
صالحاً للتصرف بأمواله حين الإجازة ، ورجع الشيخ الانصاري في مكاسبه عدم  
الحاجة إلى الإجازة فيما لو كان عدم جواز التصرف تعلق حق الغير ، كما لو باع  
وفك الرهن قبل مراجعة المرتهن بشأن الإجازة (١)

ومن فروع هذه المسألة ما لو كان المالك حين الإجازة مغائراً للمالك حين  
العقد ، كما لو باع شخص ملك غيره فضلاً لنفسه أو للمالك ثم اشتراه من مالكه  
قبل إجازته للعقد الصادر من الفضولي ، فلو أجاز المشتري الثاني الذي أوقعه  
فضولاً فهل تكفي إجازته لتصحيح العقد الواقع منه فضلاً أم لا ؟ الذي رجحه

---

١ - انظر المكاسب مبحث شرائط المجيز .

جماعة من الفقهاء هو الاكتفاء بالاجازة من المالك الجديد لتصحيح العقود لو كان المشتري هو البائع فضولاً ، بل يظهر من بعضهم عدم الحاجة إلى الاجازة في مثل ذلك (١) وقد اعتمد القائلون بصحة العقد الاول باجازة المالك الثاني على الادلة العامة التي تدل بعمومها على كفاية الاجازة ولو تجدد المالك بعد العقد الاول ، بالإضافة إلى أصالة الصحة في العقد المجاز من المالك الجديد .

ونص جماعة على بطلان العقد الأول وعدم كفاية الاجازة من المالك الثاني للأسباب التالية :

الاول : انه يلزم خروج المال عن ملك المجهيز قبل دخوله فيه بناء على ان الاجازة كشقة ، ذلك لأن من لوازم الكشف خروج المال عن ملك المجهيز من حين العقد ، والمفروض ان المجهيز حين العقد لم يكن مالكاً وانه ملك بالعقد الثاني .

الثاني : انه من المقرر الاكتفاء بالاجازة والرد بكل فعل بدل عليها مطابقة او بنحو الالتزام ، كما لو أخرج المالك العين عن ملكه بعد علمه بوقوع العقد عليها فضولاً ، فإن ذلك يعتبر رداً وإنشاء للعقد الذي أوقفه الفضولي ، وفي المقام لو باعها المالك من العاقد عليها فضولاً او من غيره قبل اجازته يكون بيعه هذا معبراً عن رده وعدم رضاه بالعقد الأول الواقع من الفضولي فيلزم من العقد الثاني بطلان العقد الأول .

الثالث : ان العقد الاول لما صح وترتب عليه أثره باجازة الفضولي أي المالك الثاني ، وهي متروكة على صحة العقد الثاني وصحة العقد الثاني تتوقف على بقاء الملك على ملك مالكة الاول ، ولازم ذلك ان صحة العقد الاول تتوقف على ان يكون المال ملكاً للأول والمشتري في زمان واحد ، لأن ملكية الاول تتوقف

---

١ - والناقل بذلك هو الشيخ الطويس كما نقل عنه في الكاسب .

على الاجازة والاجازة توقف على كونه ملكاً للمبيع الذي هو المشتري الثاني .

الرابع : النصوص المروية عن الرسول (ص) والائمة (ع) التي تدل باطلاقها على فساد هذا النوع من العقود ، فقد جاء عن النبي (ص) انه قال : لا تبع ما ليس عندك ، ولا تبع ما لا تملك ولا يبيع إلا في ملك ، وهي باطلاقة تشير إلى فساد هذا النوع من العقود .

وجاء في رواية يحيى بن الحجاج : انه سأل أبا عبد الله الصادق (ع) عن الرجل يأتيه ويقول له اشترى هذا الثوب أو هذه الدابة بعينها واربعك عليها كذا وكذا . قال (ع) لا بأس بذلك اشترها ولا تواجهه البيع قبل ان تستوجبها او تشتريها .

وفي رواية خالد بن الحجاج انه قال لأبي عبد الله الصادق (ع) : الرجل يبيئني ويقول اشترى هذا الثوب واربعك كذا وكذا ، قال (ع) أليس ان شاء أخذ وان شاء ترك ، قلت : بلى ، قال : لا بأس به إنما يحلل الكلام ويجرم الكلام ، إلى غير ذلك من المرويات المتفقة من حيث مضمونها . وقد نعت الرواية الاولى عن انشاء البيع للمشتري الثاني قبل أن يشتريه أولاً ويملكه بالعقد الشرعي ومقتضاها ان تملكه بالشراء من مالكه لا يكفي لتصبح العقد اذا أوقعه أولاً قبل ان يملك المبيع ، كما نعت الرواية الثانية على ان مجرد المعاولة والاتفاق على البيع قبل شراء العين من مالكها لا يمنع من بيعها له بعد ان يشتريها من مالك ، لأن الذي يحلل ويجرم هو الكلام الملزم لكل منهما ، أما الوعد بالشراء بعد ما يشتريها فلا يمنع من بيعها له بعد تملكها ، والمفهوم الضمني من هذا النص انه لو باعها قبل ان يشتريها من مالكها كان البيع باطلاً لأنه وقع على ملك الغير ، ولا يمنع تملكه المتأخر في تصحيح البيع المتقدم .

ولكن انصار القول بصحة العقد الواقع فضلاً في المقام بعد اجازة المالك الجديد لم يجدوا بداً من تأويل هذه المرويات بما لا يتنافى مع الرأي الفقهي الذي

اختاروه في هذه المسألة ومحصل ما جاء في تأويلهم لهذه الروايات ان المراد منها هو عدم كفاية العقد السابق على الشراء بدون اجازة المشتري للعقد الذي أوقفه أولاً ، بمعنى ان مجرد تملكها بالشراء من مالكها الاصيل لا يكفي لصحة العقد وترتيب الآثار عليه بدون الاجازة ، ولا دلالة فيها على بطلان العقد السابق حتى ولو اجازته المالك الجديد ، وبعد أن رجح الشيخ الانصاري في مكاسبه ارادة هذا المعنى منها رجع عنه أخيراً ثم قال :

والانصاف ان ظاهر النهي في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع وعدم ترتيب اثر الانشاء المقصود منه مطلقاً حتى مع الاجازة ، وأما صحته للمالك اذا أجاز ، فلأن النهي راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع ، ولا تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز فيرجع فيه إلى مسألة الفضي (١) والظاهر انه لا يصح للمالك في هذه الحالة لأنه أخرجه عن ملكه بالبيع إلى العاقد الفضي كما هو مفروض النصوص فيبطل الاول ويصح الثاني ، وتكون النتيجة يجانب القائلين بعدم صحة الفضي في هذه المسألة .

وقد أجاب القائلون بصحة الفضي في هذه المسألة عن الاشكالات الثلاثة بالأجوبة التالية :

الأول : ان الاجازة انما تكشف عن حصول الملك من حين العقد فيما لو كان الجيز هو المالك حين العقد ، أما لو كان الجيز هو المالك الجديد كما هو المفروض في هذه المسألة فتكون الاجازة كاشفة عن حصول الملك من التاريخ الذي يمكن فيه تأثير الاجازة في التمليك ، وبعد ان انتقل المبيع إلى البائع فضلاً وأجاز البيع الواقع منه لا يمكن تأثير اجازته في التملك قبل العقد الثاني ، فلا يلزم خروج المال عن ملكه قبل دخوله فيه كما نتج من الاشكال الاول .

الثاني : ان الرد في الفضي إنما يكون بالألفاظ التي تدل عليه ، وأما الفعل

---

١ - انظر مسألة الفضي ، ما لو باع لنفسه ثم ملك واجاز .

الثاني لنفوذ كتزويج المعقودة فضولاً نفسها من شخص آخر ويبيع المالك ماله المبيع فضولاً فليس فسخاً له لا سيما مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي ، نعم في مثل ذلك يكون الفعل الثاني مفقوداً لحل الاجازة إذا وقع من المالك جامعاً للشرائط الصحة ، مطلقاً بالنسبة إلى مثال التزويج ، وبالنسبة إلى غيره فأنما يفوت محل الاجازة بالنسبة إلى المالك الاول ، من حيث خروج المال عن ملكه ، وبالنسبة إلى المالك الثاني فلم يفوت محل الاجازة منه لأنه هو المالك للمبيع فعلاً وقد سبق منه ان باع فضولاً وأصبح حين الاجازة مالكا .

الثالث : ان القائل بصحة الفضولي بالاجازة من البائع بعد تملكه للمبيع ، انما يلتزم بترتب اثر على العقد الاول وتلك المشتري للمبيع من حين دخوله في ملك العاقد الذي هو المالك الجديد لا من حين العقد الاول في مثل هذه الحالات لعدم قابلية الاجازة للتأثير من ذلك التاريخ كما ذكرنا في الجواب عن الاشكال الاول ، وجنبئذ توقف اجازة العقد الاول على صحة العقد الثاني وارتباط كل منها بالآخر هذا الارتباط لا بد منه ، كما وان ارتباط العقد الثاني الذي أوقعه المالك مع العاقد الاول الفضولي ببقاء الملك لملكه الاصلي وتوقف صحة العقد الثاني على ذلك ، كل ذلك مسلم أيضاً ، ولكن تسليم هاتين المقدمتين لا ينتهي إلى النتيجة التي وردت في الاشكال الثالث وهي كون المال ملكاً للمالك والمشتري في زمان واحد ، بل يلزم من صحة العقد الاول خروج المال عن ملك ماله الاصلي ، لأنه انما يصح بالاجازة والاجازة انما تصح من العاقد الفضولي بعد فرض كونه مالكا ، وقد ذكرنا ان الاجازة في المقام لا تكشف عن تملك المشتري الاول من حين العقد بل من حين قابليتها للتأثير أي بعد العقد الثاني ، ولا يتصور كون المال ملكاً للمالك والمشتري في زمان واحد إلا إذا كانت الاجازة مؤثرة في تملك المشتري من حين العقد الذي أوقعه معه الفضولي ، وقد بينا في الجواب عن الاشكال الاول ان الاجازة في المقام لا تؤثر في التملك إلا من حين العقد



الثاني (١) . هذا كله فيما لو باع الفضولي مال غيره ثم ملكه بالشراء وغيره من الاسباب للملكة وأجاز العقد الذي أوقعه أولاً بعنوان الفضولية .

ولو باع لنفسه فضولاً ثم ملك ولم يميز العقد الذي أوقعه فضولاً ، فقد نص أكثر الفقهاء على فساد العقد في هذه الحالة عملاً بالنصوص السابقة الناهية عن البيع قبل التملك ، بالإضافة إلى أن البائع فضولاً بعد أن ملك المبيع بالشراء من ماله الأصلي أصبح مسلطاً عليه ، فإذا لم تطب نفسه بتسليمه للمشتري لا دليل على إلزامه بذلك والالتزام الذي صدر منه أولاً لا يجب الوفاء به لأنه تعلق بالغير حين ذاك (٢) .

ومن جملة فروع الفضولي ، ما لو باع مال غيره معتقداً بعدم جواز تصرفه فانكشف جواز تصرفه لكونه ولياً أو مالكاً ، وعلى التقديرين أما أن يبيع نفسه أو لحساب المالك فلو باع عن المالك فضولاً فتبين أنه ولي أو مأذون في البيع ، قال الشيخ الأنصاري في حكم هذه الصورة : لا أشكال في الزوم حتى على القول ببطان عقد الفضولي ، ولا يبعد أن يكون الوجه في ذلك . أن العقد في المقام خارج عن الفضولية لكونه جامعاً لجميع الشرائط ، ولصدوره من يجوز له أن يتولى إنشاء المبادأة بين المالكين ، ولا يضر في ذلك اعتقاده بأنه لا يجوز له التصرف في المبيع ، لأن اعتقاده لا يغير الواقع ما دام جائز التصرف ، ويبدو من الشيخ الأنصاري في مكاسبه . أن هذه المسألة لم يخالف بها سوى ابن البراج

---

١ - انظر المصدر السابق .

٢ - وقد ذهب فخر الدين في الإيضاح والشهيد الثاني في المسالك والشيخ كما نقل منه الحلق في المختار ، أن أدلة لزوم العقود والشروط ملاتها لزوم كل عقد على البائع بمجرد انتقال المال إليه وقبل ذلك لا يجب الوفاء عليه ، وفي المقام بعد أن حصل منه العقد وملك المبيع بالشراء من ماله لم بجميع أدلته وشروطه لم يعد ما يمنع من شمول أدلة وجوب الوفاء بالعقود كمثل ذلك .

المعروف بالقاضي ، والنص الفقهي المنسوب إليه ، هو انه إذا أذن السيد لعبده في التجارة فباع واشترى وهو لا يعلم بإذن السيد ، ولا علم به احد لم يكن مأذوناً في التجارة ولا يجوز شيء مما فعله ، فان باع واشترى بعد ما علم جاز ما فعله بعد الاذن ولم يحزم ما فعله قبله .

الصورة الثانية : ان يبيع مال الغير لنفسه عدواناً فتبين انه مأذون في البيع وقد نس جماعة على صحة العقد في هذه الصورة ، ولا يمنع من ذلك قصد البيع لنفسه ما دام مأذوناً من قبل المالك في أصل البيع ، وهذا القصد لا يوجب فساد العقد ، لكونه خارجاً عن حقيقة العقد .

الصورة الثالثة ، ان يبيع عن المالك فضولاً لا اعتقاده ان المال لغيره مع كونه له واقعاً ، كما لو باع مال أبيه معتقداً حياته ، فتبين انه ميت وان المال قد انتقل إليه بالإرث ، قال في المكاسب : المشهور بين الفقهاء صحة العقد في هذا الغرض ، وادعى العلامة في القواعد والارشاد في باب الهبة الاجماع على الصحة ، وأضاف إلى ذلك : بأنه لم نعثر على مخالفة صريح في هذه المسألة ، إلا ان الشهيد ذكر في قواعده انه لو قيل بالبطلان أمكن ذلك ، كما وان العلامة وولده فخر المحققين في النهاية والايضاح قد احتملا ذلك ، لأنه لما قصد البيع عن أبيه لا عنه (١) .

الصورة الرابعة : ان يبيع الفضولي لنفسه معتقداً بأن المبيع لغيره مع كونه له واقعاً ، والظاهر صحة العقد في هذا الغرض حتى عند القائلين بطلان الفضولي ، لأن العقد وقع من المالك على ماله لنفسه ، ولا يضر في ذلك اعتقاده

---

١ - واجيب في ذلك بأن قصده لا يمنع في صحة العقد من حيث انه لم يقصد البيع عن أبيه إلا باعتباره انه المالك الواقعي ، فهو في الحقيقة قاصد للبيع عن المسالك الواقعي وقد قصد أباه مثلاً لا اعتقاده انه المالك ، فيكون قصده هنا من نوع الخطأ في التطبيق .

بأن المال لغيره ، لأن هذا الاعتقاد لا يغير الواقع ، ولأجل ذلك رجح الشيخ  
 الانصاري وجماعة من الفقهاء عدم احتياج هذا العقد للإجازة ، هذا بالإضافة إلى  
 أن أدلة الإجازة تختص في صورة العقد على مال الغير من حيث احتياجه إلى  
 موافقة المالك والمفروض في المقام أن العقد وقع على ماله لنفسه بانياً على أن المال  
 لغيره (١) .

\*

\* \*

---

١ - انظر المكاسب والجواهر كتاب المتاجر ونهج الفقهاء ولغيرها « ولد تعرض الفقهاء  
 لهذه الفروض وتوسعوا في البحث منها . ومن جميع الاحتمالات التي يمكن افتراضها ونحن  
 لا يسمننا استقصاء جميع ما قيل في الكلام .

## إذا امتنع المالك من الاجازة

٢٦

من المتفق عليه بين الفقهاء ان العقد الواقع على ملك الغير فضولاً يبطل إذا لم يوافق المالك على البيع بعد اطلعه على العقد ، لأن أدلة الوفاء بالعقود مفادها وجوب الوفاء على كل انسان بالعقد الصادر منه ، والعقد على مال الغير لا يكون عقداً للمالك إلا بإجازته وموافقته عليه ، فلو رفض العقد ولم يوافق عليه لا تشمل أدلة العقود .

وكما يحصل الرد بكل لفظ يدل عليه يحصل أيضاً بكل فعل يتنافى مع العقد ، كما لو أخرجه عن ملكه بأحد النواقل كالبيع والهبة والصلح والاتلاف بالأكل وغيره مما يوجب فوات محل الاجازة .

ولو تصرف في المبيع تصرفاً لا يوجب انعدام الموضوع كما لو وطئ جاريته فأولدت أو أجاز دأوه وزوج أمته من شخص آخر وغير ذلك ، فهذه التصرفات لا توجب خروج العقد عن قابلية الاجازة من المالك ، ولكن البناء على صحة هذه التصرفات منه يوجب بطلان الاجازة بناء على انها تؤثر في التمليك من حين وقوعها كما هو مفاد القول بالنقل ، أو تؤثر في ترتيب الآثار على العقد من حينه ولو لم يكن ملكاً من حين وقوعه كما هو مفاد الكشف الحكمي ، لأن هذه

التصرفات تكشف عن عدم موافقة المالك على البيع الواقع من الفضولي ، لانه باع العين بما لها من المنافع ، وفي مثال الزواج لا يمكن تأييد الاجازة مع الالتزام بصحة تزويجه لامتة أو تزويج المرأة بنفسها لعدم قابلية الاجازة للتأثير مع هذا الافتراض .

وأما بناء على ان الاجازة من المالك تكشف عن ان العقد من حيث صدوره قد أثر في التملك والمبادلة بين العوضين ، فانتقال المبيع عن ملك المالك يكون من حين العقد ، والتصرفات المنافية من المالك مبنية منه على الظاهر لعدم انقطاع الصلة بينه وبين المبيع قبل الاجازة ، ولا سيما إذا كان جاهلاً بوقوع العقد على ماله فضلاً ، فإذا أجاز بعد ذلك يتعين بطلانها لوقوعها في ملك غيره (١) .

أما التصرفات التي لا تنافي ملك المشتري للمبيع من حين العقد ، كما لو عرض المالك المبيع فضلاً لبائع أو باعها بعقد فاسد وأمثال ذلك ، فقد فصل جماعة من الفقهاء بين ما لو وقعت منه هذه التصرفات مع علمه بوقوع العقد على العين فضلاً ، وبين ما لو وقعت منه وهو غافل عن العقد عليها ، ففي الصورة الاولى يكون هذا النوع من التصرف رداً للعقد الفضولي بنظر العرف وتشمله النصوص التي تدل على بطلان الفضولي بالرد حيث انها لم تعين ماهية الرد وكيفية وكل موضوع او عنوان يتعرض الشارع لبيان حقيقته يتعين الرجوع فيه إلى العرف ، والعرف يرى بيع العين ولو بالعقد الفاسد أو تعريضها للبيع وعرضها على من يريد الشراء ، يرى

---

١ - المكاسب للشيخ الأنصاري مبحث الفضولي في الرد واحكامه ، وفي مئونة الطالب للفونساري . ان هذه التصرفات لا تمنع من الاجازة سواء الملك حصل بالاجازة من حين العقد كما هو فساد الكشف الحقيقي او من حينها كما هو مقاد القول بالنقل ، قال في الكتاب كذلك تصح اذا تطلعت الاجازة بها فان حكمها حكم استيفاء منفعة العين بنفسه المذكور ص ٢٨٦ : كما تصح الاجازة اذا كانت منفعة العين تحت يده او استوفها بنفسه ، فيناء على النقل لا اشكال في ان العين تنتقل الى الطرف مسلوقة المنفعة في مدة الاجازة ، واما بناء على الكشف الحقيقي فمعين ان الاجازة تكشف عن وقوع التصرف في ملك الغير فعليه اجرة المثل ، ولا اشكال في صحة الاجازة .

ذلك اعراضاً عن العقد الواقع فضولاً إذا كان علماً بذلك العقد .

اما لو وقعت هذه التصرفات من المالك مع غفلة عن العقد الواقع على العين فضولاً ، فالظاهر في مثل ذلك ان هذا النوع من التصرف لا يكون رداً للعقد ، لأن الرد للعقد من الامور التي لا بد في صدقها من القصد إليها ، والإتيان بهذه الافعال بقصد الرد لا يمكن ان يكون إلا مع الإلتفات إلى الشيء المرفود ، والمفروض ان المالك غافل عن العقد كما ذكرنا .

هذا كله بناء على ان الرد كما يكون بالالفاظ يكون بالفعل الكاشف عن عدم موافقة المالك على العقد ، اما بناء على عدم كفايته وانه لا يتم إلا بالالفاظ كما رجح ذلك جماعة من الفقهاء لا يبقى مجال للاكتفاء بمثل هذا النوع من التصرفات في إلغاء العقد الواقع فضولاً ، وفيما يخص التصرفات المتلفة للبيع يبطل القضي فيهما من حيث انتفاء الموضوع لا من حيث ان التصرف من مصاديق الرد المبطل لعقد القضي (١) .

وبجمل القول : انه بعد البناء على ان الرد ليس للشارع اصطلاح خاص بالنسبة إليه وانه يتحقق بالفعل الكاشف عن عدم موافقة على العقد كما يتحقق بالالفاظ بعد البناء على ذلك فكل تصرف في المبيع الذي وقع عليه العقد فضولاً إذا صدر من المالك بقصد الإعراض عن العقد سواء في ذلك البيع او الاجارة او الرهن ونحو ذلك من التصرفات ، هذا التصرف يكون من مصاديق الرد ولا تنفع بعده اجازة المالك إذا صدر هذا التصرف من المالك بعد علمه بالعقد .

فلو كان المالك جاهلاً بوقوع العقد على ماله او غافلاً وتصرف في المبيع بهذا النوع من التصرفات ، او كان تصرفه لا يتنافى مع تعليق الغير كما لو أجر المبيع

---

١ - انظر منية الطالب ، وبلقة الفقيه والكاظم وغيرهما .

مثلاً أو أعاده للانتفاع به بمض الوقت ونحو ذلك من التصرفات التي لا يراها  
العرف منافية لإمضاء البيع وأقراره فلا تكون هذه التصرفات مانعة عن نفوذ  
العقد بالأجازه من المالك .

ثم انه إذا لم يحز المالك العقد الواقع على ماله فضولاً ، فإن كان ماله بيده فلا  
حق له على أحد ، وإن كان بيد المشتري فله أن ينتزعه منه ، ويرجع عليه بِنَافَعِهِ  
التي استفادها كما ذهب إلى ذلك جماعة من الفقهاء بالنسبة إلى منافع المبيع بالمبيع  
الفاسد ، وإن تلف المبيع في يد المشتري فللمالك أن يرجع على من تلف بيده  
بقيمة يوم التلف كما هو المشهور بين الفقهاء ( ١ ) .

هذه صورة مجملة عن حكم المال التالف الذي جرى عليه العقد فضولاً ، وأما  
حكم الثمن المدفوع من قبل المشتري إلى البائع ، والتفقات والغرامات التي تحملها  
المشتري نتيجة لذلك العقد والمنافع التي استفادها من المبيع ونحو ذلك .

وجمل القول في ذلك ان المشتري إذا كان جاهلاً بأن البائع لا يملك المبيع  
وأنه يبيع عن غيره فضولاً ، ففي مثل ذلك له أن يرجع على البائع بالثمن الذي  
دفعه إليه في مقابل المبيع إذا رفض المالك العقد الواقع على ماله ، وقد ادعى في  
مفتاح الكرامة الإجماع على ذلك ، لأنه قد سلطه عليه في مقابل المبيع لإعتقاده  
بأنه يملك التصرف فيه والمعاوضة عليه ، هذا بالإضافة إلى الحديث الذي اعتبره  
الفقهاء أصلاً من أصول الضمان ( وهو حديث على اليد ما أخذت حتى تؤدي ) ،  
حيث أنه ينص على أن ما أخذته اليد واستولت عليه مضمون إلى أن تؤديه بنفسه  
أو بدله ، وإن كان المشتري عالماً بأن البائع لا يملك المبيع وأنه يتصرف فيه

---

١ - ونذهب جماعة إلى أنه يرجع عليه بأعلى أمانته من تاريخ استيلائه عليه إلى  
يوم تلفه فيما لو تفاوتت قيمته خلال هذه المدة ، وللفقهاء الأقوال الأخرى في هذه المسألة  
يجدونها المتتبع في المجموع الفقهي كجواهر الكلام والكاسب وجسماع القاصد والحدائق  
والرياض وغيرها .

فضولاً ، فلو دفع الثمن إلى البائع والحال هذه وكانت عينه لا تزال قائمة فقد اختار أكثر الفقهاء عدم تفرير البائع للثمن المدفوع له عوضاً عن المبيع ، كما نص على ذلك المحقق في جامع المقاصد والشهد في الروضة وغيرها ، ونص جماعة من الفقهاء منهم العلامة الحلي على أن المشتري الرجوع على البائع بما دفعه إليه في مقابل المبيع ، لأنه وإن كان عالماً بأن البائع لا يملك المبيع ولكنه لم يدفع له الثمن مجاناً وبدون مقابل ، ولما سلطه عليه في مقابل المبيع على أمل أن يقر المالك العقد الواقع بينه وبين الفضولي ، على أنه لو افترضنا أن المشتري قد سلطه عليه بدون مقابل ، فمجرد التسليط لا يكفي في تملك البائع للثمن ، ولذا فإن البائع لا يملك الثمن فيما لو كان البيع فاسداً ولو كان المشتري عالماً بالفساد مع أنه في هذه الحالة قد سلطه على الثمن (١) .

وان كان الثمن ثالفاً فالمشهور بين الفقهاء أن المشتري لا يرجع على البائع بالعوض ، قال الشيخ الأنصاري في المكاسب : وأما لو كان الثمن ثالفاً فالمعروف عدم رجوع المشتري ، بل المحكي عن العلامة وولده والشهيد والمحقق الحلي وغيرهم من الفقهاء الاتفاق على ذلك ، لأنه قد سلطه على الثمن بلا عوض ، وبمجرد أنه قد دفعه في مقابل المبيع لا يكفي لكونه مضموناً عليه ما دام يعلم بأنه لا يملك المبيع وإن المالك قد يقر البيع وقد لا يقره (٢) .

أما بالنسبة إلى القرامات التي دفعها المشتري إلى المالك كزيادة قيمة المبيع على الثمن فيما لو تلف بيد المشتري ، وعوض المنافع المستوفاة ، كما لو باع الفضولي داراً لغيره وسكنها المشتري ولم يقر المالك البيع ورجع عليه بعوض المنفعة التي استوفاهما ، وكذا بالنسبة إلى القرامات التي دفعها المشتري كما لو

١ - انظر نهج القامعة ص ٢٦٥ .

٢ - وليس ببعيد شمول أدلة الضمان للمقام من غير فرق بين أن يكون الثمن يالياً أو ثالفاً لأن مالك الثمن لم يقدم على التالف ماله ولم يسلط الغير عليه بدون مقابل وإنما دفعه إليه ظناً منه بأن المالك سيقبض هذا التصرف من الفضولي كما هو ظاهر .



احتاج العين المبيعة لبعض النفقات ونحو ذلك بما يفرمه المشتري المالك او ينقله على المبيع ، والظاهر أن الفقهاء متفقون على ان المشتري لا يرجع على البائع بشيء من ذلك .

قال السيد الحكيم في نهج الفقاهة : والظاهر انه لا إشكال في عدم الرجوع على البائع بشيء إذا كان المشتري عالماً بالفضولية .

وقال في الجواهر : لا خلاف ولا اشكال في ذلك لعدم الدليل على الرجوع على البائع ، والأصل يقتضي عدمه ، ويبدو من الجواهر انه لم يخالف أحد من الفقهاء في ان المشتري مع علمه بالفضولية ليس له ان يرجع على البائع فيما أنفق على المبيع وفيما دفعه إلى المالك عوضاً عن المنافع وغيرها ، اما إذا كان المشتري جاهلاً بالفضولية ومعتقداً بأن البائع هو المالك للبيع ، فالذي نص عليه جماعة من الفقهاء ان للمشتري الحق في الرجوع على البائع فيما اغترمه للمالك وفيما أنفق على المبيع لأنه قد غرر به وسبب له هذه المصارفات ، وأضافوا إلى ذلك بأن هذه المسألة أشبه بشاهد الزور من أي شيء آخر حيث يرجع عليه المدعي عليه فيما يفرمه بشهادته إذا تراجع عن شهادته بعد ذلك ، بالإضافة إلى قاعدة لا ضرر ولا ضرار في الدين ، وإلى ما جاء في رواية جميل بن دراج عن الإمام الصادق (ع) وقد سأل عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ، ثم يبيها مستنق الجارية ، قال (ع) : يأخذ الجارية مستنقها ، ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه .

هذا بالنسبة إلى ما أنفقه المشتري على المبيع بدون مقابل له ، اما لو استفاد منه في مقابل ما أنفق عليه ، كما لو سكن الدار مثلاً واستفاد بلبن الدابة التي استلمها من الفضولي فقد الحق هذه الصورة جماعة من الفقهاء بالصورة الأولى ، لأنه غرر به ولأن المقام شبيه بمن قدم لأخر طعام غيره فأكله معتقداً بأنه له فتبين انه لشخص آخر ، فانه يضمن له ما يدفعه إلى مالك الطعام ، بالإضافة إلى رواية

جميل بن دراج المتقدمة حيث نصت على رجوع المشتري على البائع بما يفرمه المالك الجارية مع العلم بأن المشتري قد استمتع بالجازية في مقابل الثمن وأصبح ولده منها حراً ، وحرية من المنافع التي تعادل الثمن الذي دفعه في مقابله .

ورجع جماعة من الفقهاء ومنهم السيد في الرياض والشيخ في الجواهر عدم الرجوع على البائع في هذه الصورة ، لأن المشتري قد استفاد في مقابل المال المدفوع المالك (١) .

والخلاف بعينه واقع بالنسبة إلى المال المدفوع للمالك عوضاً عن الزيادة الطارئة على قيمة المبيع ، كما لو ارتفعت قيمة المبيع وهو في يد المشتري قبل ثلثه ، وكما لو باع الفضلي ما تساوي قيمته عشرين بعشرة مثلاً وتلف عند المشتري ونحو ذلك ، وليس بعيد أن يكون الرجوع على البائع في المقام أكثر انصافاً من الرجوع عليه في مسألة ما لو استفاد المشتري في مقابل ما أنفقه أو اغترمه للمالك ، حيث أن غرامته لم تذهب بدون مقابل في تلك المسألة بخلاف مسألتنا هذه فإنه لم يستفد في مقابل الزيادة شيئاً وقد تسببت عن اغراء البائع وتغريه له .

وقد اعتبر بعض الفقهاء التغرير من جملة أسباب الضمان اعتدأ على بعض النصوص الواردة فيمن زوج رجل امرأة ووصفها له بما يخالف واقعها وقد أجاب الإمام (ع) بأن الزوج يرجع بالمهر على من غره ودلس عليه ، والنصوص الواردة لبيان حكم شاهد الزور وأنه يضمن للشهود عليه ما يفرمه المدعي بسبب شهادته ، بالإضافة إلى الحديث المروي عن النبي (ص) وقد جاء فيه «المخروء يرجع على من غره» ومن مجموع هذه الأدلة بضميمة قاعدة الضرر استنتج بعض الفقهاء قاعدة التغرير واعتبرها أصلاً عاماً في باب الضمان ، ولكن جماعة من الفقهاء لم تتوفر لديهم القناعة التامة من

مجموع هذه الأدلة ولم يعتبروا الغرور بنفسه كافياً لتضمين الغار إلا إذا توفرت في الغار الشروط التي لا بد منها في التضمين بنحو يرجع الغار إلى كونه مثلاً ينظر العرف لمال المغرور أو سبباً في الإثلاف ونحو ذلك من الموارد التي اعتبرها الشارع من موجبات الضمان (١) .

\*  
\* \*

---

١ - انظر نهج النقاثة للسيد الحكيم ص ٢٧٢ و ٢٧٣ وانظر كتابنا المبادئ العامة للغة الجملاري ص ١٣٦ و ١٣٧ .

## الفضولي والمذاهب الأربعة

٢٧

لقد تبين من جميع ما تقدم أن عقد الفضولي بجميع صورته وأقسامه التي أوردناها من العقود الصحيحة إذا أجازها المالك عند أكثر الفقهاء الجعفرين ، ولا سيما إذا باع الفضولي أو اشترى للمالك ، ويبدو من مصادر الفقه على المذاهب الأربعة أن فقهاء هذه المذاهب أقل تحمساً وتمسكاً بالفضولي من الجعفرين ، فقد جاء في بداية المجتهد : أن الشوافع قالوا بفساده سواء كانت الفضولية في البيع أو الشراء ، وصححه المالكية في الحالتين ، وفصل الأحناف بين البيع فضولاً والشراء فأجازوه في الأول وأبطلوه في الثاني .

قال في بداية المجتهد : واختلفوا في بيع الفضولي هل يتعقد أم لا ، وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط أن رضي به صاحب المال أمضى البيع وإلا فسخ ، وكذلك في شراء رجل لآخر بغير إذنه على أنه أن رضي صح الشراء وإلا فلا ، فمنه الشافعي في الحالتين ، وأجازوه مالك فيها ، وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال : يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء ، وأضاف إلى ذلك : أن مدة المالكية هو ما روي عن النبي ( ص ) أنه دفع ديناراً إلى عروة البارقي ليشتري به شاة فاشترى شاتين .

واعتمد الشوافع على المرويات عن الرسول ( ص ) الناهية عن بيع ما ليس

## ملكاً للبائع (١) .

ويؤيد ذلك ما جاء في الفقه على المذاهب الأربعة . ان الشافعية يشترطون لصحة البيع اثنين وعشرين شرطاً ، منها أربعة في العاقد ومن جعلتها أن يكون له على المبيع ولاية ، فإذا لم يكن له ذلك يبطل العقد الواقع منه فضلاً .

وجاء فيه ان الاحناف يشترطون في المبيع ان يكون مملوكاً للبائع إذا أراد أن يبيعه لنفسه ، ولم يرد نص صريح على التفصيل الذي نسب اليهم في بداية المجتهد ، ولعله انتزعه من قولهم : لا بد وان يكون مملوكاً للبائع إذا أراد أن يبيعه لنفسه ، ومعنى ذلك انه لو أراد ان يبيعه لملكه تصحبه اجازة المالك وموافقته على العقد كما يفهم من اشتراط كونه مملوكاً للبائع فيما لو باع لنفسه .

ونص في الكتاب المذكور على ان المالكية يعتبرون في العاقد ان يكون مالكاً أو وكيلاً عن المالك وان بيع الفضولي يقع صحيحاً ولا يلزم إلا بعد اجازة المالك له .

وجاء فيه أيضاً : ان الحنابلة يشترطون في المبيع ان يكون مملوكاً لبائعه وقت العقد ملكاً تاماً ، ولذلك فقد نسب اليهم القول بالبطان كما نص على ذلك الدكتور محمد يوسف (٢) .

وقال الاستاذ الشيخ علي الخفيف : ان الشرعين يريدون بالفضولي من يتصرف

---

١ انظر بداية المجتهد لابن رشد المجلد الثاني ص ١٧١ .

٢ - انظر الفقه على المذاهب الأربعة قسم المعاملات ص ١٦٦ و ١٦٧ و ١٦٨ والمدخل لدراسة نظام المعاملات حيث نسب الى الاصناف والمالكية القول بالصحة مع الاجازة ، ونسب الى الشوافع والحنابلة البطان ص ٢٩٢ و ٢٩٣ وانظر فيما يتعلق بالفضولية في البيع ، والشراء عند الاصناف للمدخل للدكتور محمد يوسف ص ٣٩٦ حيث نقل من البدائع المجلد الخامس والحموي على الاشياء والنظار لابن نجيم ما يشعر بالفرقة بينهما .

تصرفاً لا شأن له به وليست له ولاية اصداره ، كمن يبيع ملك غيره بدون اذن منه ولا ولاية له عليه ، او يرهنه او يؤجره او يزوج غيره بدون اذنه .

ثم قال : ان حكم ما يباشره الفضولي إذا تولى عقداً من العقود يكون موقوفاً على اجازة من له الشأن فيه ، فان باع او أجر او رهن كان عقده موقوفاً على اجازة مالك المبيع والعين المستأجرة او المرهنة ، وان طلق كان الطلاق موقوفاً على اجازة الزوج ، فان أجاز نفذ العقد من حين وقوعه وإن رفض بطل ايضاً (١)

وفى يتعلق بالاجازة فقد نص الاستاذ الحليف انها اذا تؤثر في صحة العقد بشرطين . الاول ان لا يحد العقد نفاذاً على الفضولي نفسه ، بأن لا يكون بالامكان تنفيذه عليه ، فان وجد نفاذاً ولم يحزه من له الشأن نفذ على الفضولي ولزم ان كان لازماً ، وذلك كما لو اشترى الفضولي عيناً من الاعيان لشخص ، فالتشراء يكون نافذاً على الفضولي نفسه إذا لم يرض به ذلك الشخص لنفسه ، لأن الفضولي ملتزم بالعقد أمام البائع ، ولا يسأل أمام البائع غيره وفي الامكان إلزامه باعتباره مشترياً لنفسه ، فينفذ العقد عليه ويلزم به . أما إذا باع ملك غيره لم يكن بالامكان إلزامه بذلك العقد إذا لم يحزه ذلك الغير ، لأن نفاذه عليه يستلزم الاضرار به ، وذلك يبيع ملكه من غير رضاه فلا ينفذ هذا العقد على أحد (٢)

ويبدو من ذلك انه يفرق بين الفضولية في البيع والشراء ، فالشراء فضولاً ينفذ على المشتري إذا رفض من وقع الشراء له الاجازة ، والبيع عن المالك فضولاً ينفذ على المالك إذا أجازته وإذا رفضه يقع لغواً ولا ينفذ على أحد .

ومقتضى التحليل الذي اعتمدته للفرق بين الأمرين هو عدم نفوذه على المشتري

---

١ - انظر احكام المعاملات الشرعية ص ١٢٢ .

٢ - نفس المصدر ص ١٢٢ .

لأنه لم يلتزم الشراء لنفسه بل التزمه لغيره ، فإذا لم يحز الغير ورفض الشراء يجب أن يكون العقد نفوذاً لأن الزام المشتري به في هذه الحالة اضرار به ، هذا بالإضافة إلى أن قصد المتعاقدين لا يد من مراعاته في العقود ، والمفروض أن المشتري قد اشترى لغيره ولم يقصد الشراء لنفسه .

الشرط الثاني : من شرطي نفوذ الاجازة ان يكون للعقد مجيز حين انشائه ، كأن يبيع عمار رشيد او عقار صغير بمثل قيمته ، فان المالك الرشيد الحق في اجازته وينفذ العقد من حين صدوره ، لأن له أن يتولى البيع بنفسه ، ولولي الصغير الحق في اجازة العقد ، لأن له انشاءه ايضاً ، ولو باع عقار الصغير فضولاً بغير فاحش لا يتسامح الناس به ، او طلق زوجته أو وهب ماله فضولاً يكون العقد باطلاً لا تصححه الاجازة لأن هذا العقد ليس له مجيز حين صدوره ، حيث ان الصغير ليس أهلاً للاجازة ، والولي ليس له الحق في اجازته مع الغبن الفاحش المضر بحال الصغير ، كما وان لا يملك الموافقة على طلاق زوجة الصغير وهبة أمواله (١) .

وقد ذكرنا رأي الجعفرين في هذه المسألة ، وان اكثرهم يرجع صحة الفضيولي ولو لم يكن للعقد مجيز حين انشائه ، كما لو باع شخص مال اليتيم ولم يكن البيع مصلحة له ، او زوج شخص الصغير الذي لا ولي له حين العقد ، فإذا بلغ تصح منه الاجازة وينفذ العقد ، ولم يخالف بذلك إلا العلامة الحلي والاسكافي من فقهاء الشيعة .

والظاهر ان النزاع بين الجعفرين في ان الاجازة تصحح العقد من حين صدوره او من حين صدورها ، هذا النزاع لا أثر له في فقه السنة ، ذلك لأن الثقلين بصحة الفضيولي ولزومه بالإجازة يصرحون بأن آثار العقد تترتب عليه من حين صدوره ، وان جميع زوائد المبيع وغائه الخاصة بين العقد والإجازة هي للمشتري .

١ - انظر المصدر السابق ص ١٢٤ والفتاوى الاسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٢٩٦

وقال الشيخ علي الخفيف : واجازة العقد تجعله وكيلًا في اصداره ، وكأنه قد وكله بذلك قبل مباشرته ، ولذا قال الفقهاء : الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة فيصير العقد نافذاً من وقت انشائه .

وأضاف إلى ذلك ان الاجازة لا تكون صحيحة إلا إذا توفرت فيها الشروط التالية :

الأول : ان تكون ممن له ولاية انشاء العقد ، فلو وقعت من غيره لا تؤثر في صحته .

الثاني : ان تصدر حال حياة الفضولي لأنه ينقلب بها وكيلًا عنه في بيع ماله ، فإذا توفي الفضولي البائع أو الفضولي المؤجر لم يصح العقد بإجازة المالك ، نعم إذا كان فضوليًا في الزواج والطلاق ونحوهما من العقود التي لا ينقلب الفضولي فيها إلى وكيل بعد الاجازة ، هذا النوع من العقود يصح بالإجازة من المالك ولو كانت بعد وفاة العاقد الفضولي ، لأن الفضولي في هذه العقود تنتهي مهمته بإنشاء الصيغة ولذا فإنه لا يملك إبطالها بعد انشائها ، وينتج من تصنيف العقود من فاحية الاجازة ، انه لو باع شخص مال غيره فضولا ومات قبل اجازة المالك لم تعد الإجازة صالحة لتصحيح العقد وترتيب الآثار عليه ، ولو زوج شخص امرأة فضولا ومات قبل اجازتها فلها ان تجيز بعد وفاته ويصح نكاحها .

الثالث : ان تكون الإجازة في حياة الطرف الآخر الأصل ، فلا تكفي اجازة عقد البيع بعد وفاة المشتري ، ولا اجازة عقد النكاح بعد وفاة الزوج الأصل (١) .

---

١ - لقد ذكرنا ان العقد لا يبطل بموت الاصيل قبل الاجازة عند الامامية ، لان المال الذي انشأ الاصيل المتأوضة عليه ينتقل بموته الى ورثته من غير فرق بين ان تكون الاجازة كاشفة او خائفة ، وإذا أصبح المال ملكا للوارث فلا بد من اجازتهم للعقد الصادر من مورثهم فان اجازوه صح العقد من جهتهم وبإجازة المالك الآخر يصح من الطرفين ويلزمهما الوفاء به



الرابع : ان لا يعرض على المبيع او الثمن ما يوجب هلاكه قبل الاجازة ،  
فلا تكفي اجازة العقد بعد تلف المبيع ، لانه يقترب على الاجازة نفاذ العقد ،  
وتنفاذه بظهور أثره في عمله ، وإذا كان عمله معدوماً لا يظهر له أثر فيه (١)

\*  
\* \*

---

١ - لقد ذكرنا ان الجفرين يلجئون الى بطلان العقد وعدم كفاية الاجازة لتصحيحه  
في مثل هذه الحالات .  
١ - انظر احكام المعاملات الشرعية للخليف ص ١٢٥ .

## الفضولي في التشريع المدني

٢٨

يدعي الدكتور سليمان مرقس في كتابه نظرية العقد . ان الفضولي الذي بحثه الشرعيون وتعرضوا لاحكامه مسكوت عنه في التشريع المدني ، وقد تعرض التشريع المدني لنوع من التصرفات بعنوان الفضالة ، وتعرض لاحكامها وتتايجها ولم يلتزم الجانب الذي حدده الشرعيون في ايجائهم عن تصرفات الفضولي ، ومع ذلك فالناجاة التي بحثها التشريع بعنوان الفضالة ليست بعيدة عن الفضولية في الفقه الاسلامي بل تلتقي معها في كثير من الاحكام والآثار .

وقد جاز عن الفضولي المبحوث عنه في الفقه الاسلامي بالعقد الموقوف ، وفرق بينه وبين العقد القابل للإبطال ، بأن القابل للإبطال يترب عليه آثاره من حين صدوره في حين ان العقد الموقوف لا يترب عليه أثر إلا بعد الاجازة من له التصرف كلكال ذلك الوصي والولي ، مع العلم ان حكامها قد توافرت فيه شروط الانقضاء وشروط الصحة ، ومثل للعقد الموقوف بما لو صدر العقد من شخص لا ولاية له على انشاءه ، وبما لو تخطى الوكيل والوصي حدود الوكالة والوصاية ، واستطرد يقول : وحكم هذا النوع من العقود انه لا يترب عليه أي أثر من آثاره على الرغم من انه عقد صحيح يعترف الشارع بوجوده ، بل يتوقف ترتب اثره على اجازته من له حق مباشرته ، فان اجاز اجازة صحيحة نفذ العقد من وقت صدوره ، وان رفض بطل ، فالاجازة في عقد الفضولي تبعث فيه الحياة ،

ومضى يقول: ان الفضولي بالمعنى المتقدم مسكوت عنه في التشريع المدني، وهذا السكوت بخول وفقاً للمادة الأولى فقرة ثانية من التقنين المدني الرجوع في شأن هذا العقد إلى مصادر القانون الأخرى ، ومنها الشريعة الإسلامية ، وبموجب لنا ان نستمذ من هذه الشريعة فكرة العقد الموقوف لنسد بها النقص البادي في التقنين المدني ، وقد أقر المشرع صراحة في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١١٦ سنة ١٩٥٢ ، الخاص بالوبة على المال حيث صرح بأن عقد الوصي خارج حدود الوصاية يكون مرقوفاً على اجازة المحكمة ولا ينتج أي أثر إلا متى تمت اجازته .

ومن ذلك بين ان الفضولي المبهرث عنه في الفقه الاسلامي بالرغم من ان المشرعين المدنيين قد أهملوا الناحية التي اهم بها الشرعيون في ابحاثهم عنه ومسح ذلك فهو لا يعد من العقود الفاسدة عديم ، بل هو عقد صحيح يتم ويتكامل باجازة من له التصرف في اصداره ، ويكون للاجازة مفعول رجعي بالنسبة إلى الآثار المقصودة للمتعاقدين ، ويشترك الفضولي مع العقد القابل للإبطال الذي تعرض لأحكامه الفقه المدني كما جاء في نظرية العقد للدكتور مرقس ، ان كلاً منها يحتاج إلى الاجازة غير ان اجازة العقد القابل للإبطال تبعد عنه عوامل الفناء وتقوي فيه عوامل الصحة وتؤيد ما انتجه من الآثار ، اما الاجازة في عقد الفضولي فلأنها تبث فيه الحياة وتسمع بأن تترتب عليه الآثار المقصودة منه ، في حين ان الفضولي يختلف عن العقد القابل للإبطال (١) في ان القابل للإبطال ينتج جميع آثاره من وقت إبرامه ، وعقد الفضولي لا ينتج أي اثر قبل ورود الاجازة عليه ، ويشترط في صحة اجازة العقد القابل للإبطال الشروط التالية :

الأول : علم المحيز بالسبب الذي جعل العقد قابلاً للإبطال واتجاه ارادته نحو

---

١ - والعقد القابل للإبطال هو الذي يكتمل وجوده وتوافر اركانه ، ولكنه يفقد شرطاً من شروط صحة أهم ركن ن اركانه وهو الرضا ، وذلك فيما لو كان الرضا فيه مشوباً بخلع او تدليس او اكراه ونحو ذلك من بواضع الرضا بالعقد .

التنازل عن حقه في ابطال العقد .

الثاني : زوال ذلك السبب فمن كان هذه قابلاً للإبطال لنقص أهليته او لكونه مكرهاً لا تصح اجازته إلا بعد زوال هذا السبب بأن يزول عنه الإكراه ، او يصبح كامل الأهلية .

الثالث : أهلية المجيز وقت الاجازة ، فلو كان العقد قابلاً للإبطال لغلط او تدليس ونحوهما من عيوب الارادة ، ولكن العاقد لم يجز العقد إلا بعد ان اصبح مجبراً عليه لسفه او بد وغيرهما فلا تصح اجازته في هذه الحالة ( ١ ) .

وبما يجدر بنا ذكره ان القانون المدني العراقي قد عالج العقود الموقوفة على حد تعبيرهم في المواد ١٣٥ و ١٣٦ ، وتعرضت المادة ١٣٥ لعقد الفضي ، والمادة ١٣٦ للاجازة واحكامها ، وقد جاء فيه من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقفاً على اجازة المالك ، فإذا أجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلاً ، وبطالب الفضي بالبدل ان كان قد قبضه من الطرف الآخر ، وإذا لم يجز المالك تصرف الفضي يطل العقد ، ويرجع المشتري على الفضي بالبدل إذا كان قد دفعه إليه ، فإن هلك البدل في يد الفضي بدون تعد منه وكان العاقد الأصل عالمًا أنه فضي فلا يرجع له عليه بشيء ( ٢ ) .

وإذا سلم الفضي العين المعقود عليها للمشتري وهلك في يده بدون تعد منه

---

١ - انظر نظرية للدكتور مرسى ص ٢٨٢ و ٢٨٣ ص ٣١٢ و ٣١٣ و ٣١٤ وقد اخذ الفقه الجعفري هذه الشروط بعين الاعتبار ولم يعتن بالاجازة بدونها وقد ذكرنا ذلك خلال حديثنا عن الفضي في الملقه الشيعي .

٢ - لقد ذكرنا ان اكثر الفقهاء الجعفريين ومنهم الشيخ الانصاري في مكاسبه قد ذهبوا الى ان المشتري ليس له ان يرجع على البائع الفضي فيما لو تلف الموصى في يد الفضي اذا كان عالمًا بانه فضي في بيعة لانه قد سلطه عليه مع العلم بان المالك قد لا يجيز العقد ، كما رجح جماعة من الفقهاء عدم الرجوع عليه بالثمن ولو كان باليا .

او تقيط بها فلذلك ان يضمن قيمتها ايها شاء ، فإذا اختار أحدهما ورجع عليه سقط حقه عن الآخر (١) .

وجاء في المادة ١٣٦ فيا يتعلق بإجازة عقد الفضي : إجازة العقد الموقوف تكون صراحة ودلالة ، وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد ، ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ، ولا يشترط قيام العاقدين او المالك الأصلي او المعقود عليه وقت الإجازة (٢) .

والمتحصل من هذه المادة ان الإجازة كما تكون بالألفاظ الصريحة تكون بالفعل الدال عليها وانما تؤثر في العقد من حين صدوره كما هو مفاد الكشف الحكمي والحقوقي عند الجعفرين ، ويكفي في صحتها وجود من يملكها حين العقد (٣) .

وقد بحث السنهاوي في الوسيط موضوع التصرف في ملك الغير بعنوان الفضالة بحثاً موسعاً وكما ذكرنا قد يلتقي في كثير من أمثله ونتائج مع الشرعيين في أمجائهم عن الفضي وهي من الناحية الموضوعية تركز على الأركان الثلاثة التالية :

الأول : ان يقوم الفضي بشأن عاجل لشخص آخر كبيع وشراء وإجازة وعمل من الأعمال ، وهذا هو الركن المادي على حد تعبير السنهاوي .

الثاني : ان يقصد الفضي بعمله مصلحة رب العمل وهو الركن المعنوي .

---

١ - وقد اختار اكثر الجعفرين هذا الرأي في مسألة تصالب الإهادي على ملك الغير .

٢ - انظر الموجز في شرح القانون المدني لميد المجيد الحكيم ص ٢٨٢ .

٣ - وقد اختار العلامة العلي واللقية الاسكافي عدم الاكتفاء بوجود الفجيسر للعقد حين الإجازة بل لا بد من وجوده حين العقد .

الثالث : ان لا يكون ملزماً بما قام به ولا موكلاً فيه ولا منهياً عنه ، وقد مثل للركن الأول بما لو كان وكيلاً عن رب العمل وتجاوز حدود الوكالة ، او استمر بعمله بعد انتهاء مدته وكالته من موكله ، او قبل هبة من الواهب للموهوب له او اجر عيناً مشاعة بينه وبين شخص آخر ، ولا يكفي في الفضالة ان يكون ذلك العمل نافعاً للنوب عنه ، بل لا بد مع ذلك من كونه من الشؤون العاجلة بالنسبة اليه ، فإذا كان كذلك كان لازماً على رب العمل ، وإذا كان نافعاً ولم يكن من الشؤون العاجلة فلا يجوز للفضولي ان يتدخل ويباشر ذلك العمل ، وإذا تدخل لا يكون صاحب العمل ملزماً به ، وله ان يميز تدخل الفضولي في هذه الحالة أي ان العمل لا يكون نافذاً إلا بعد اجازته ، والمراد بكونه من الشؤون العاجلة لرب العمل ان يكون ضرورياً بالنسبة اليه ، بنحو يكون العمل الذي قام به الفضولي من الأعمال التي لا يتوانى عنها صاحبها ، وذلك كما لو أجر ملكاً لغيره لا يمكن استغلاله إلا بالاجارة وكما لو باع بعض محمولاته التي هي في معرض التلف ، او تعاقد الفضولي مع شخص لإصلاح منزل لغيره (١) .

ويبدو ان السنهوري يفرق بين الفضولي والفضالة ويعتبر في الفضالة ان تكون نية الفضول متجهة إلى العمل لمصلحة الغير ، لأن الفضالة من التفضل على حد تعبيره ، فإذا انجبت نيته إلى العمل لمصلحة نفسه فلا يكون فضولياً حتى ولو عاد العمل على الغير بالمنفعة ، ويترتب على ذلك انه لو ظن او اعتقد انه يعمل لمصلحة نفسه فتبين ان العمل لغيره لا يكون فضولياً ، وذلك كما لو باع أو أجر مالا ظن انه ملكه ، فإذا هو لغيره ففي مثل ذلك لا يكون فضولياً بالمعنى المقصود من الفضالة (٢) .

اما الفضولية بما لها من المعنى الواسع عند الشرعيين التي تشمل التصرف في

١ - انظر الوسيط ص ١٢٣٦ و ١٢٤٠ .

٢ - نفس المصدر .

مال الغير حتى ولو لم يكن فيه مصلحة له ، وتشمل تصرف العاقد لنفسه كما لو ظن او اعتقد ان المال له فباعه لنفسه وبين انه لغيره ، هذا النوع من الفضولية ليس من الفضاة ، ولو اجاز المالك العمل الصادر من غيره يخرج عن عنوان الفضاة ويصح وكيلاً ذلك الغير فيه ، لأن الوكالة كما تكون بالأذن السابق كذلك تكون بإجازته المتأخرة سواء كان القائم بالعمل مستوفياً للشروط التي هي من اركان الفضاة ، او لم يكن ، فالإجازة المتأخرة تجعل القائم بالعمل وكيلاً من حين تدخله في شؤون الغير ، ولو كان المالك او رب العمل حين تصرف الفضولي غير صالح للإجازة كما لو كان قاصراً او مكرهاً ، ولكنه وقت الإجازة أصبح كامل الأهلية فإجازته تصح تصرف العاقد من حين صدوره (١) .

وقد فرق السنهوري بين ان يتصرف الفضولي لنفسه بمال الغير وبين ان يتصرف به لصاحب المال ، فحقاً إذا تصرف فيه لصاحب المال بأث باع لصاحب المال او أجر له فلا يشترط فيه ان يكون كامل الأهلية ، ويكفي فيه ان يكون مميزاً ولو لم يبلغ من الرشد ، اما إذا تصرف لنفسه بالبيع او الشراء ، او باشر محلاً في مال الغير باسمه الشخصي فلا بد وان يكون كامل الأهلية لأنه قد التزم البيع والعمل لنفسه (٢) .

ولم يفرق الجعفريون بين الفضولي والأصيل من حيث اعتبار الأهلية الكاملة فيها كالبلوغ والرشد والاختيار وغير ذلك من الشروط التي لا بد منها في المتعاقدين ، وليس الفضولي كالوكيل في اجراء العقد ، لأن الوكيل يمكن ان يكون آلة في ايجاد العمل المكلف به بنحو لا يكون له أكثر من هذه الصلاحية ،

---

١ - نفس المصدر ص ١٢٤٢ وقد ذكرنا ان اكثر الجعفريين في مفهوم يرون ان الإجازة المتأخرة تكفي لتزويد الآثار على العقد من حين صدوره كما يكتفون بها من هو كامل الأهلية حين صدورها وان لم يكن صالحاً للإجازة حين العقد .

٢ - المصدر السابق ١٢٥٦ .

ولذا لم يشترط بعض الفقهاء فيه أكثر من كونه مميّزاً ولو لم يكن بالغاً رشيداً ،  
على أن أكثر الفقهاء لا يفرقون بين الوكيل والاحيل من هذه الناحية ، ويشترطون  
فيه أن يكون صالحاً لأن يستقل بنفسه في جميع تصرفاته ، كما يبدو ذلك من  
الجامع الفقهي الشيعي كالجواهر والحدائق وغيرهما .

وجاء في الوسيط : ان الفضاة لا تنتهي بموت رب العمل بل يبقى الفضولي  
قائماً بالتزاماته نحو الورثة كما كان قائماً بها مع مورثهم ، وأضاف إلى ذلك بأن  
موقف الفضولي من ورثة رب العمل هو عين موقفه من رب العمل نفسه فهو  
فضولي بالنسبة إليهم كما كان فضولياً بالنسبة لمورثهم (١) .

والمقصود من ذلك أن تصرفات الفضولي تبقى صالحة لتأثير فيها لو لحقتها  
الاجازة من الوراث لأنها متعلقة بأموال مورثهم وأمواله تنتقل إليهم بمجرد موته  
فيقومون مقامه فيها يعود إلى الأحكام والآثار المترتبة على هذه التصرفات ، ولا  
يضر في ذلك تبدل المالك .

ويلتقي السهوي في هذا الرأي مع أكثر الفقهاء الجعفرين حيث نصوا على  
أنه لو مات المالك ينتقل المال موضوع العقد إلى ورثته فلم يجازته ورده كما  
كان لمورثهم ذلك ، لا من جهة أنهم يرثون الاجازة ، بل لأنهم يرثون أصل المال  
الذي باعه الفضولي أو تصرف فيه بنحو من انحاء التصرف المحتاج إلى موافقة  
المالك ، فلا بد من اجازتهم وموافقتهم على تصرفات الفضولي (٢) .

وجمل القول أن الفضاة التي يبحث عنها الفقه المدني لا تختلف من الناحية  
الموضوعية عن الفضولية التي يبحثها الشرعيون ذلك لأن قوامها التصرف في مال  
الغير بيعاً وشراءً واجازةً ونحو ذلك ، ولكن الشرعيين يبحثون عن هذه

١ - انظر ص ١٢٦١ من الكتاب المذكور .

٢ - انظر صفحة ٢٤٢ من نهج القضاة للسيد الحكيم .



التصرفات من حيث كفايتها ونفوذها بعد المرافعة عليها من المالك سواء كانت من الشؤون العاجلة بالنسبة اليه او لم تكن وسواء أ كانت لمصلحته او لمصلحة العاقد او لغير ذلك من الجهات ولا يرون المالك ملزماً بشيء لمصلحة الفضولي حتى ولو أنفق على المال الذي تصرف فيه بالبيع والشراء أو بغيرهما من الاعمال أو تحمل في سبيله بعض المتاعب والاضرار لأنه متبرع في أعماله وتصرفاته . والمدنيون يعيشون عن الفضاة بعد وجود أركانها الثلاثة التي ذكرناها من ناحية الفوائد المترتبة عليها للفضولي ولرب العمل ، و يرون المالك ملزماً بأربعة أمور للفضولي :

- الاول : تنفيذ التعهدات وجميع الاعمال التي قام بها الفضولي بالنيابة عنه .
- الثاني : أن يدفع إلى الفضولي تعويضاً عن التعهد الذي عقده باسمه .
- الثالث : أن يرد اليه النفقات الضرورية التي أنفقها ، وأن يدفع له اجراً على عمله إذا كان العمل الذي قام به من اختصاصه .
- الرابع : أن يعرض على الفضولي في مقابل الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل .

هذه الالتزامات الاربعة لا بد من تنفيذها كما تنص على ذلك المادة ١٩٥ ، وإذا لم يكن لرب العمل مصلحة في العمل ولم يكن من المصالح المستعجلة بالنسبة اليه لا يجوز للفضولي أن يتدخل وأن يقوم بأي تصرف في مال الغير ، وإذا تصرف والحال هذه لا يكون رب العمل ملزماً له بشيء ، ولكنه إذا رأى أن يميز تصرفه ، فان الاجازة تجعل العمل نافذاً في حق المجيز وفقاً للقواعد العامة ويصبح وكيلاً عنه في التصرف أي ان احكام الوكالة تعطى لهذا التصرف ويخرج بذلك عن الفضاة التي يبحث عن احكامها وانظرها الفقه المدني (١) .

---

١ - انظر الوسيط ص ١٢٣٦ ، وقال الدكتور محمد يوسف في كتابه التدخل : وقد نظر القانون المدني نظرة طيبة لتصرفات الفضولي اذا فرض فيه حسن النية بما يقوم به من تصرفات للغير بقصد الخير لهم ، ولهذا نقول المادة ١٩٠ تسري قواعد الوكالة إذا اقر رب العمل ما قام به الفضولي .

## الفصل الثالث في محل العقد

الشروط التي يجب ان تتوفر في محل العقد

٢٩

لا يعطي العقد النتائج المطلوبة للمتعاقدين إلا إذا توفرت فيه الشروط التالية :

الأولى : ان يكون للعوضين مالية بنظر العرف والشرع ، ومعنى ذلك ان لا يكون الشيء الذي يراه العرف من الأموال قد نهى الشارع عن التعامل به ، كالحُر والخنزير والحشرات ونحو ذلك ، والمراد من المال هو الذي يصلح للانتفاع سواء أمكن الانتفاع به مع بقاء أصله كالأملاك والمقارن ونحوهما ، أم كلف الانتفاع به مستلزماً لإتلافه كالحبوب وجميع المأكولات وما أشبه ذلك ، وسواء كانت مالية الشيء بالإعتبار وقوة النفوذ كالأوراق النقدية وغيرهما بما تعارف التعامل به وبذل الأموال في مقابله ، أم كانت مالية من حيث ذاته كالحبوب التي لا يستغني عنها عامة الناس والمجهرات والذهب والفضة ونحو ذلك بما لا يحتاج إلى السلطان وغيره ممن يبدم القوة والنفوذ ، ومن ذلك تبين ان الشيء الذي تصح المعاوضة عليه لا بد وان يكون مالا بنظر العرف من غير فرق بين ان تكون ماله ملازمة لذاته وبين ان تكون عارضة عليه بسبب اعتبارها من اصحاب القوة والنفوذ أو ممن غيرهما ، كما لو دعت الحاجة إلى استعمال بعض الأعشاب لتداوي ، وشاع نفعها لذلك المرض بين الناس فبطبيعة الحال يصبح لذلك الدواء

مالية بنظر العرف ، وقد يذلون في سبيله أغلى الأثمان ويتنافسون على الإنجاء به ، وحينئذ فما ليس مالا بنظر العرف كالحشرات ونحوها لا يصح التعاقد عليه ، كما وان الأشياء التي أسقط الشارع ماليتها كالخمر والحزير والميتة والفضلات ونحو ذلك لا يصح الإنجاء بها لأن الشارع لم يهتم ماليتها ولم يقر التعامل بها ، ولا ملازمة بين سلب المالية عن الشيء وسلب الملكية عنه ، ذلك لأن الملكية قوامها ذات الشيء ، والمالية تقوم بما يترب على الشيء من الفوائد والمنافع ، ومعلوم ان الاتجار والتعامل بين الناس لغاية الانتفاع ودفع الضرورات ، وإذا لم يكن للشيء مالية لا تحصل الغاية المطلوبة من المعاملة ، ولذلك لا يكفي في العوضين ان يكونا ملحوظين للتعاقدين إذا لم يكن لهما مالية بنحو من الأنحاء التي ذكرناها .

قال الشيخ مرقس الانصاري : ان كل ما تحقق انه ليس بمال عرفا فلا أشكال ولا خلاف في عدم وقوعه عرضاً في المعاملة ، وما لم يتحقق فيه ذلك فان كان أكل المال في مقابله اكلا بالباطل بنظر العرف فالظاهر فساد المقابلة بينه وبين المال ، وإذا لم تتحقق ذلك من العرف ، فان ثبت بدليل من نص او اجماع عدم جواز بيعه فهو ، وإلا فلا يخفى جواز الرجوع فيه إلى مومات صحة البيع والاجارة ، بالإضافة إلى ما جاء عن الإمام (ع) : كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات ، فذلك حلال بيعه وشرائه .

ولم يخالف في اعتبار هذا الشرط في العوضين أحد من الفقهاء الجعفرين ، وغيرهم من فقهاء المذاهب الاسلامية كما يبدو ذلك من بعض النصوص الفقهية .

نقد بناء في كشف القناع المجلد الثاني : ان من شروط المبيع والتمن ان يكونا مالين ، والمال شرعاً هو ما أبيع الانتفاع به من الاعيان والمنافع من غير حاجة او ضرورة ، ونخرج من ذلك ما لا نفع فيه أصلاً كالحشرات ومما فيه منفعة محرمة كالخمر او منفعة للحاجة كالكلب ، او للضرورة كاللينة حال

## المحصة (١) .

وقال في المجلد الثاني من الفقه على المذاهب الأربعة : الشرط الرابع أن يكون المبيع مالاً متقوماً شرعاً ، فلا ينقصد بيع الحر ونحوه من كل مسأ لا يباح الانتفاع به شرعاً ، وكذلك لا ينقصد بيع اليسير من المال كحبة من حنطة لأنها ليست مالاً متقوماً ، وأضاف إلى ذلك : انه يشترط في كل واحد من الموضين أن يكون مالاً قائماً فاذا عدم أحدهما لا ينقصد البيع (٢) .

الشرط الثاني : ان يكون الثمن والمبيع مملوكين للبائع والمشتري ، ولازم ذلك عدم جواز بيع المشاعين بين جميع الناس كالأه والاعشاب والهواء والامهات قبل اصطلاحها والطير في الهواء والوحوش في البراري وغير ذلك مما يشترك به جميع الناس قبل حيازته ومن ذلك الاراضي التي يستولي عليها المسلمون في حروبهم مع غير المسلمين بقوة السلاح وذلك إذا كانت عامرة حينذاك ، ذلك لأنها ملك لجميع المسلمين ، والمراد من ملكيتهم لها هو انها تصرف في مصالحهم حسب إراد الحاكم المتولي لأموالهم .

قال الشيخ مرتضى في المكاسب : وإن رفعت يده عنها قهراً وعذوة فهي كسائر ما لا ينتقل من الغنيمة كالنخل والاشجار والنبات للمسلمين كافة اجمالاً على ما حكاه في الخلاف والتذكرة وغيرها (٣) وأضاف إلى ذلك : ان النصوص بذلك مستفيضة ، منها رواية الحلبي عن الإمام الصادق (ع) . ان السواد لجميع المسلمين لمن هو اليوم ، ولمن دخل في الاسلام بعد اليوم ، ولمن لم يخلق بعد .

---

١ - انظر الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٣٦١ و ص ٥٩ من احكام المعاملات الشرعية لملي الخفيف .

٢ - انظر ص ١٦٧ من المجلد الثاني الفقه على المذاهب الأربعة .

٣ - الخلاف والتذكرة كتابان في الفقه الجعفري الاول منهما للشيخ الطوسي والثاني للعلامة الحلبي .

وجاء في رواية حماد بن عيسى عن أحد الأئمة (ع) : والأرض التي أخذت بخيل  
وزكاب هي موقوفة متروكة في يد من يعمرها ويحييها ، ويقوم عليها على قدر  
ما صالحهم الوالي من الخراج النصف أو الثلث أو الثلثين على ما يكون صالحاً لهم  
ولا يضر بمجالهم (١) .

ومن ذلك تبين أن السبب في عدم جواز بيعها هو عدم كونها مملوكة لهم  
ملكبة مطلقة تباع لهم بالتصرف بكل أنواعه ، والمراد من ملكيتهم لها من وجد  
وسيجد كما جاء في رواية الحلبي عن الصادق (ع) أنها تصرف في مصالحهم برعاية  
السلطان الموثق لأمرهم .

والظاهر اتفاق المذاهب على ذلك ، فقد جاء في المدخل لنظام المعاملات أن  
الأحكام العامة التي هي تحت إشراف الدولة حالها حال المباحات في عدم جواز  
بيعها ، والنص الحرفي لعبارة : ومثل هذه المباحات في أنها لا تكون موضوعاً  
للعقد ، الأملاك العامة للدولة كالطرق والأنهار والجسور والقناطر العامة .

وأضاف إلى ذلك في المامش من ص ٣٦٢ : وفي القانون المدني اشتراط أن  
يكون محل العقد قابلاً للتعامل ، وهذا يرجع إلى الفرض الذي خصص الشيء له  
فما يتنافى معه لا يجوز ، وإلا كان جائزاً ، وعلى ذلك لا يجوز بيع جانب من  
الطريق العام أو شاطئ البحر وإن كان يجوز للدولة إجارته (٢) .

وفي حكم هذا النوع من الأراضي الأوقاف سواء كانت على الجهات العامة  
كالوقف على الفقراء وعلى المرضى وغير ذلك من الأوقاف التي يقصد منها تليق  
المنفعة على الموقوف عليهم ، أو كانت من الأوقاف الخاصة كالساجد والمقابر  
والمشاهد المشرقة كشهد الرسول (ص) والأئمة من ذريته (ع) وغيرها من

---

١ - انظر المكاسب مبحث شروط الموهبين .

٢ - انظر الكتاب المذكور ص ٣٦٢ .

الأوقاف ، وقد أجمع الفقهاء على عدم جواز بيع الأوقاف بجميع اصنافها وأنواعها ، وجاء في جملة من النصوص ما يؤكد هذا الحكم (١) .

ويبدو من النصوص الفقهية أن الذي يمنع عن بيع الوقف هو الأمور الثلاثة التالية :

الأول : حق الواقف حيث أنه جعل الموقوف صدقة جارية لينتفع بثوابه ما دام موجوداً وصالحاً للانتفاع .

الثاني : حق الطبقات المتأخرة في المنفعة أو الانتفاع ، ذلك الحق الذي جعله الواقف لم يقتض صيغة الوقف التي تدل على ثبوت هذا الحق لجميع الطبقات .

الثالث : حق الله سبحانه لأن الوقف لا بد فيه من التقرب لله ، ولأجل ذلك كان أقرب إلى العبادات من المعاملات .

والظاهر أن الإجماع الذي يدعيه الشيخ الأنصاري وغيره على عدم جواز بيع الوقف لا يشمل جميع أنواع الوقف ، فما كان من نوع المساجد والمقابر والمدارس ونحو ذلك من الأوقاف في وجوه الخير ، والتي لم يقصد الواقف من وقفيتها إلا الانتفاع بالعين الموقوفة ، وليس فيها ما يشبه التملك لفئة من الناس أو لطبقة من الطبقات التي تحصل به بنسب أو سبب ، هذا النوع من الأوقاف هو المتفق على عدم جواز بيعه عند الفقهاء ، أما الأوقاف التي تكون على الطبقات ولا

---

١ - قال الشيخ مرتضى الأنصاري في المكاسب : لا يجوز بيع الوقف أجمعاً مطلقاً في البتة ومكناً ، وأصاب إلى ذلك . أن على بن راشد قال سألت أبا الحسن (ع) : قلت جعلت فداك أتى اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي فلما عمرتها خبرت أنها وقف ، قال (ع) : لا يجوز شراء الوقف ، ولا تدخل الكلمة إلى ملك أدفعها إلى ما وقلت طيسه ، قلت لا أعرف لها رباً . قال تصدق بفتنتها .

تختص ببطقة دون أخرى ، والتي هي أشبه من هذه الناحية بالتملك لجميع البطون بنحو الترتيب ، فليس في النصوص الفقهية الحاكية لأراء الفقهاء ما يؤكد اجماعهم على عدم جواز بيع هذا النوع من الموقوفات ، مع العلم بأن الأدلة والنصوص المروية عن الائمة (ع) بالنسبة إلى الوقف واحكامه وبخاصة فيما يتعلق بعدم جواز التصرف فيه بالبيع وغيره من التصرفات النافقة بمقتضى اطلاقها تشمل جميع أنواعه وأصنافه ، وبما يدل على ان الفقهاء لم يجمعوا على عدم جواز بيع الوقف بجميع أنواعه ، ان جماعة منهم قد صرحوا بجواز بيع الوقف في بعض الحالات وفيها لو طرأ عليه ما يعرضه لتلف ، وقد أورد الفقهاء في مجاميعهم الفقيه مجموعة من الظروف الطارئة التي تسوغ للموقوف عليهم او لولي الوقف بيع الموقوف وصرفه لمصلحة الموقوف عليهم او استبداله بغيره بنحو تحقق الفائدة التي قصدتها الواقف (١) .

وكلا لا يصح بيع الوقف لخروجه عن ملك الواقف ولعدم كونه مملوكاً لأحد ، كذلك لا يصح بيع العين المرهونة ، لأن سلطنة المالك عليها لا تسع لمثل هذا النوع من التصرف بعد ان تعلق للغير حق بالعين المرهونة ، والمراد من عدم صحة البيع في مثل ذلك ، هو عدم استقلال المالك في البيع ، كما نص على ذلك اكثر الفقهاء ، فاذا باع المالك لا ينفذ البيع إلا بعد اجازة الراهن ، كما وان النصوص التي تعرضت لحكم الاعيان المرهونة لا تدل على بطلان العقد الواقع عليها ، فقد جاء عن النبي (ص) : ان الراهن والمرتهن بمنوعان من التصرف .

ومن الجائز القريب ان يكون المراد من منعها من التصرف ، هو عدم استقلال كل منها بالتصرف فيها تصرفاً يزاكم حق الآخر ، وهذا لا يمنع من صحة تصرف كل منها إذا أجازته الآخر ووافق عليه ، على ان النصوص التي تدل على صحة الفضولي بالاجازة من المالك ، تدل على صحة التصرف الواقع من المالك إذا

---

١ - انظر الكتاباسب للشيخ الانصاري الفصل الذي علقه في مسوقات بيع الولف .

## أجازة الراهن بالاولوية .

هذا بالإضافة إلى ان الإمام (ع) قد أجاب من سأله عن فكاح العبد بدون إذن من سيده : ان العبد لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا أجاز فهو له جائز ، والمقصود من ذلك ان ما يكون منهياً عنه من جهة حقوق الناس ، هذا النهي لا يوجب بطلان العمل ولا المسؤولية والمؤاخذه عليه إذا رضي صاحب الحق وأجاز التصرفات الواقعة بغير إذنه ، لذا فان جماعة من متقدمي الفقهاء ومتأخريهم قد ذهبوا إلى صحة العقد الواقع من المالك إذا أجازة الراهن ، وصحته من الراهن لو أجازة المالك (١) .

ويظهر من الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد : ان هذين الشرطين لا بد من توفرهما في محل العقد ، فلقد جاء في الكتاب المذكور : ان الاشياء التي لا يقع عليها العقد منها ما هو خارج عن العقد بطبيعته ، ومنها ما يخرج عن التعامل بحكم القانون ، وقد مثل للأول بالاشياء التي لا يمكن لاحد ان يستأثر بها ، وذلك كالباحات التي يشترك بالانتفاع بها جميع الناس ولا يمنع منها احدهم الآخر ، كالماء والهواء وأشعة الشمس وغير ذلك من الباحات العامة ، ومثل لثاني بالاموال العامة ، والاعيان الموقوفة .

قال : والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي اولا الاشياء التي ورد بشأنها نص خاص يمنع التعامل فيها سواء كان ذلك نظراً للفرض الذي خصص له الشيء كما في الاموال العامة والاعيان الموقوفة ، ام كان نظراً لخطر الناشئ عن التعامل فيه كالحيراثات الموبوءة والحشيش والافيون ، وأضاف إلى ذلك : ويخرج عن التعامل بحكم القانون ايضاً الاشياء التي يعتبر التعامل فيها مخالفاً للنظام العام والآداب ولو لم ينص القانون على اعتبارها خارجة عن التعامل وقد مثل لذلك

---

١ - المراسل مبحث عدم جواز بيع الاميان الرهونة ، ونهج الفقهية ومنية الطالب .



بأعضاء الانسان ويعت القهار .

وفيا يتعلق بالشرط الاول الذي ذكرناه وهو مالية الموضين ، قال ان الحقوق غير المالية تعتبر خارجة عن التعامل فلا يجوز بيعها ولا التعامل عليها بأي عقد من العقود التي تشبه البيع في نتائجها ، ومثل لذلك بالحقوق السياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح في الانتخابات وحق الحرية الشخصية وحرية العمل والرأي والولاية والسلطة الزوجية وغير ذلك ( ١ ) .

وهذه الحقوق لا يصح بيعها ولا يقع التعامل عليها لأنها ليست مالا ولازم ذلك ان كل ما ليس بمال سواء كان من الاعيان الخارجية او من الحقوق لا يصح العقد الواقع عليه ولا يصلح لان يكون عرضاً في المعاملات .

\*

\* \*

---

١ - انظر نظرية العقد للدكتور مرقس ص ١٩٠ و ١٩١ .

## من شرائط محل القدرة على التسليم

٣٠

ومن الشروط التي يجب ان تتوفر في محل العقد ان يكون كل من الثمن والمبيع في تصرف البائع والمشتري ، وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء كما نص على ذلك الحق الكركي في جامع المقاصد ، والعلامة الحلي في التذكرة وغيرهما ، ومن أمثلة ذلك بيع الطير في الهواء والسك في الماء ونحو ذلك .

واستدلوا على ذلك بما جاء عن النبي (ص) : انه نهى عن بيع الغرر ، والمراد من بيع الغرر هو البيع المشتبه على تقرير البائع او المشتري من حيث اقدامهما على ما لا يوثق بمحصوله او على مجهول لأحدهما بنحو لا يطمئن كل منهما بوجود المقابل لئله ، وبؤيد ذلك ما جاء عن الأزهري : من ان بيع الغرر ما كان على غير عهدة وثقة ، كالبوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول وغير مقدور .

وجاء عن علي (ع) : ان الغرر محل ما لا يؤمن معه من الضر ، وبما لا شك فيه ان بيع غير المقدور يؤدي إلى الإضرار بالمشتري لا سيما إذا كان جاهلاً بأن البائع لا يتمكن من تسليم المبيع إليه .  
قال الشيخ مرتضى الأنصاري : وبالملة فالكل متفقون على أخذ الجهالة في معنى الغرر ، سواء تعلق الجبل بأصل وجوده ، ام بمحصوله في يد من انتقل اليه ،

ام بصفاة كما وكيفاً .

ويظهر من النصوص الفقهية : ان الفقهاء قد استدلوا بالحديث على بطلان العقد إذا لم يكن العوضان في تصرف البائع والمشتري وتمت سيطرتها ، وفي ذلك ما يشعر بأن القبر الذي نهى عنه النبي (ص) يتسع لصورة ما إذا لم يكن في مقدور كل منهما تسليم العوض إلى الآخر ، على ان ما جاء عن علي (ع) في تفسير القبر يؤكد اتساع القبر الذي نهى عنه النبي (ع) لصورة ما إذا لم يكن كل من المتعاقدين قادراً على تسليم العوض إلى الآخر .

ومن جملة الأدلة على عدم صحة العقد إذا لم يكن كل منهما متمكناً من تسليم العوض إلى الآخر ، ان الغرض من البيع هو انتفاع كل من الطرفين بالعوض ، وإذا لم يكن في وسعها تسليم العوضين لا تحصل الغاية المقصودة من العقد ، هذا بالإضافة إلى ان البائع إذا لم يكن قادراً على تسليم المبيع إلى المشتري يكون بذلك الثمن في مقابلة سفاهاً ، وتدخل المعاماة في المعاوضات السفية .

ومما كان الحال فالذي يبدو من النصوص الفقهية ان الفقهاء متفقون على اعتبار هذا الشرط في صحة المعاماة ، ولكن القدرة على تسليم المبيع إلى المشتري ليست معتبرة لذاتها ، بل من حيث وصول كل من العوضين للآخر ، ولذا لو كان المشتري قادراً على استلام المبيع والبائع قادراً على التوصل إلى الثمن يصح العقد ولو لم يكن في مقدور كل من البائع والمشتري تسليم العوض إلى الآخر ، ومن أمثلة ذلك صحة العقد على الحيوان الشارد إذا كان المشتري قادراً على الاستيلاء عليه ، وصحة العقد على الطير المملوك للبائع في حالة طيرانه إذا كان المشتري قادراً على التسلط عليه ولو بإصطياده .

وجمل القول : ان الاعيان التي لا يقدر مالكيها على استغلالها وعلى التصرف بها لا يراها العرف من الاموال التي يصح التعامل بها ومقابلتها بالعوض ، ولا تخرج

المعاملة عليها عن السفاعة ، بالإضافة إلى الوجوه المتقدمة ، وفيما لو كان المشتري  
متمكناً من الاستيلاء على المبيع لا يرى العرف مانعاً من التعامل حتى لم يكن  
المبيع في تصرف البائع وتحت سيطرته كما مثلنا (١) .

وقد نص على اعتبار هذا الشرط جماعة من فقهاء المذاهب الأربعة ، ويظهر  
من الدكتور محمد يوسف أن الفقهاء متفقون على أن محل العقد لا بد وأن يكون  
مقدوراً للتعاقد .

قال : ويشترط في محل العقد أن يكون مقدور التسليم وقت التعاقد ، وهذا  
الشرط متفق عليه بين الفقهاء جميعاً ، ذلك لأن عقود المعاوضات ليس المهم فيها  
أن يكون المعبود عليه مملوكاً ، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يكون المالك  
قادراً على تسليمه للطرف الآخر ، فالطير في الهواء والسماك في الماء والدار  
والعقار أو أي شيء آخر في يد الفاعب المستبد ، كل ذلك لا يصح العقد عليه .

وقد نص على ذلك علاء الدين الكاساني في المجلد الخامس من البدائع ص ١٤٧  
وفي المجلد الرابع ص ١٨٧ من كتاب الإجارة نص على أن من شروط الإجارة  
أن يتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة حقيقة وشرعاً ، كما نص بأنه لو ظهر  
الأيق بعد العقد عليه وأصبح باستطاعة المالك تسليمه إلى المشتري لا بد من تجديد  
العقد عليه (٢) .

والذي يظهر من النصوص الفقهية التي أوردها الدكتور محمد يوسف كشاهد  
على اعتبار هذا الشرط : أن القدرة لا بد منها حين العقد ، فلو تجددت بعده بأن  
أصبح المبيع في قدرة البائع بعد أن كان ممتنعاً عليه لا يكفي لصحة العقد كما نص

---

١ - انظر المكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري ، والجواهر للشيخ محمد حسين النجفي  
كتاب المتاجر .

٢ - انظر الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٣٦٥ .

على ذلك الكسافي في البدائع ، ولا بد من تجديد العقد عليه في هذه الحالة . ومن هنا يبدأ الاختلاف بين الجعفرين وغيرهم من فقهاء السنة ، حيث ان جماعه منهم يكتفون بالقدرة المتجددة بعد العقد .

قال السيد محسن الحكيم في نيج الفقاهة : ولو كانت القدرة معلومة الحصول بعد زمان الإستحقاق بمدة ، فإن كانت يسيرة يتسامح بها فلا ينفي الإشكال بالصحة ، ولو كانت طويلة مضبوطة لسنة او اكثر ففي الصحة قولان ، ونص المحقق في الشرائع والشيخ النجفي في الجواهر على ان القدرة المتجددة بعد العقد ولو كان الفاصل طويلاً تكفي لصحة العقد كما هو مقتضى الأدلة العامة الدالة على صحة العقود والمعاوضات ، وليس في الين ما يمنع عن العمل بتلك الأدلة إلا الاجماع وحديث نفي الغرر المروي عن النبي (ص) ، وكلاهما لا يصلحان لذلك اما الاجماع فمورده عدم القدرة على الموضين ولا يشمل صورة تجدد القدرة بعد العقد ، هذا بالإضافة إلى انتفائه في المقام مع المخالف ، واما حديث نفي الغرر ، فمع تجديد القدرة ينتفي الغرر ولا سيما إذا علم المشتري بان البائع سيتمكن من تسليمه المبيع بعد برهة من الزمن .

ويؤكد الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد اتفاق المدينين والشرعيين على هذا الشرط .

قال : إذا كان محل الالتزام اداء محل او امتناعاً عن محل وجب ان يكون هذا الاداء او الامتناع ممكناً لأن غير الممكن مستحيل ، ومن تعهد بمستحيل لا يلزم بشيء ، لأن تعهده يقع باطلاً كما تنص على ذلك المادة ١٣٣ ، وأضاف إلى ذلك : وكذا إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء ، تعين ان يكون نقل هذا الحق ممكناً وإلا لم ينعقد العقد الذي يقصد منه إلى انشاء هذا الالتزام .

والامكان المرادف للقدور حسب تعبير الشرعيين ، هو ان يكون باستطاعة

كل انسان القيام به ، او كان يستطيع الرجل العادي بملاحظة ظروفه وحالاته ان يقوم باداء العمل او الحق الذي التزم نفسه إلى الطرف الآخر ، فإذا لم يكن الشيء الذي تعهد بنقله إلى المشتري مستطاعاً له بملاحظة ظروفه وحالاته ، او لم يكن مستطاعاً لكل انسان كان المقعد باطلاً .

وقد فرق السهوري في الوسيط بين ان يكون المحل غير مقدور بالنسبة لجميع الناس وبين ان يكون غير مقدور بالنسبة إلى البائع لا غير ، وعبر عن الحالة الاولى بالاستحالة المطلقة وعن الثانية بالاستحالة النسبية ، ومثل للصورة الاولى بن باع لشخص جبلاً وتعهد بتسليمه إلى المشتري ونص على بطلان العقد في مثل ذلك ، ومثل الثاني بن باع ملك غيره وتعهد بنقله إلى المشتري فوراً وهجز عن الوفاء بتعده بعد صدور البيع فيكون محل الالتزام مستحيلًا في حق البائع لا غير ، وفي مثل ذلك لا يطل العقد من حيث ان المالك قادر على تسليم المبيع إلى المشتري فيما لو وافق على البيع وأجاز العقد (١) .

وهنا يختلف الدكتور السهوري عن غيره في تحديد الاستحالة المطلقة ، وقد حددها الدكتور مرقس في نظرية المقعد : ان يكون محل العقد مستحيلًا بالنسبة إلى الرجل العادي المحاط بمثل ظروف المتعهد بالعقد ، والتي منها عدم ملكيته للمبيع بنحو يعجز عن الوفاء بالتزامه ، وهذا المقدار من الاستحالة يكفي لبطلان العقد (٢) .

ومجمل القول : ان محل العقد سواء كان ممناً أو مشكناً إذا لم يكن مقدوراً للبائع او للمشتري لا يصح العقد الواقع عليه ، وهذا من غير فرق بين ان يكون عدم القدرة عليه لأنه غير مملوك للبائع ، أو لأنه من نوع الحيوانات الشاردة ، أو

---

١ - أنظر الوسيط ص ٢٨٤ و ٢٨٥ من المباحث .

٢ - نظرية المقعد ص ١٧٥ و ١٧٧ .

لأنه في يد الغاصب القوي ومن ناجية القدرة ، فلمهم ان يكون مقدوراً للمالك بنحو يقدر على تسليمه للبشري ، فإذا لم يكن مقدوراً بالنسبة اليه يبطل العقد الواقع عليه سواء كان غير مقدور بجميع الناس ، أو لفئة منهم ، أو لمن كان في مثل ظروف العاقد ، أو كان مقدوراً لجميع الناس ولكنه كان يتمتع بالنسبة للمالك العاقد .

وقد ذكرنا ان أكثر الجفرين يكتبون بالقدرة التي تحدث بعد العقد ، باعتبار انها ليست شرطاً تعدياً ، وإنما هي ليتمكن كل منها من تسليم العرض إلى الآخر ، ومع حصولها بعد العقد وبخاصة إذا لم يكن الفاصل طويلاً تحصل الغاية المقصودة للمتعاقدين (١) .

\*  
\* \*

---

١ - وقد نسب الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد إلى الاستاذين محمد أبو زهر  
وعلي الخليل الاكتفاء بالعقد إذا تجددت القدرة على تسليم المبيع بعده ، ص ١٨٠ .

## ومن الشروط العلم بالعوضين

٣١

ومن الشروط التي يجب أن تتوفر في محل العقد أن يكون كل من الثمن والثمن معلومين للبائع والمشتري .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في مكاسبه : المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدراً ، فلا باع بمك بمك أحدهما بطل إجماعاً ، كما في المختلف والتذكرة ، وأضاف إلى ذلك : ان كل بيع لم يذكر فيه الثمن باطل بلا خلاف .

والدليل على هذا الحكم ما رواه المسلمون عن النبي (ص) انه نهى عن بيع الثمر ، حيث ان المشتري إذا لم يعلم بالثمن المقابل للبيع ، والبائع إذا يعلم بالعوض المقابل لماله لا يتحقق منها القصد إلى المبادلة لجواز أن يطلب البائع مالا يرضى به المشتري ، وان يدفع المشتري مالا يقبل به البائع ، والظاهر ان بطلان العقد في مثل ذلك متفق عليه بين الفقهاء ، ولم يخالف فيه سوى الشيخ يوسف البحراني في الخدائق اعتماداً على رواية رواها رفاعة النخاس عن أبي عبد الله الصادق (ع) ولكن عامة الفقهاء لم يعتمدوا عليها لعدم الوثوق بصورها عن الإمام (ع) ولا شأناً على بعض الأحكام التي لا يمكن الالتزام بها .

وفيما يتعلق بالمبيع فقد نص جماعة من الفقهاء على انه لا بد وان يكون



معلوماً للمشتري ، وان العلم به من شروط صحة العقد عند جميع الفقهاء .

قال في المكاسب : العلم بقدر المبيع شرط في صحة العقد بإجماع طائفتنا كما  
عن التذكرة ، وعن الفقيه ان العقد على المجهول باطل بلا خلاف ، وقد نص  
صاحب الخلاف على ان ما يباع كيلاً لا يصح بيعه جزأً وان كان مشاهداً  
للمشتري اجمالاً (١) .

ويبدو من النصوص الفقهية انه لا بد من معرفة العوضين والعلم بهما سواء كانا  
بما تعارف بيعه بالعد أو بالوزن أو بالكيل وبأي طريق حصل العلم بهما ينحو لا  
تؤدي المعاملة بين المتعاقدين إلى التفرير والخصومة ، وقد اعتمد الفقهاء بالإضافة  
إلى نهي النبي (ص) عن الغرر على بعض الروايات عن الائمة (ع) في خصوص ما  
يباع في متعارف الناس بالكيل والوزن ، وجاء في رواية الحلبي . ان رجلاً اشترى  
من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم ، فقال صاحبه للمشتري : ابتع مني هذا العدد  
الاخير بغير كيل ، فان فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت ، قال الإمام (ع) :  
لا يصلح إلا بكيل ، وما كان من طعام سميت فيه كيلاً لا يصح بيعه مجازة ،  
إلى غير ذلك من الروايات التي تؤكد ان معرفة العوضين لكل من المتبايعين بالطرق  
المتعارفة بين الناس لا بد منها في المعاوضات (٢) .

والظاهر ان هذا الشرط متفق عليه بين فقهاء المذاهب الاربعة أيضاً .

فقد جاء في الفقه على المذاهب الاربعة : ان من شروط العوضين أن يكون  
كل من المبيع والثمن معلوماً علماً يمنع المنازعة ، فلا يصح بيع المجهول جهالة  
تلفظي إلى المنازعة ، كما إذا قال البائع : اشترى شاة من القطيع الذي أملكه ،  
أو اشترى مني هذه السلعة بالثمن الذي يحكم به فلان ، فان البيع في ذلك لا

---

١ - المكاسب مسألة اشتراط العلم بالعوضين .

٢ - المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري .

يصح (١) -

وقال الدكتور محمد يوسف : يجب ان يكون محل العقد معروفاً بطرفيه ومعيناً بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدي إلى الغرر والنزاع بين المتعاقدين ، وهذا شرط متفق عليه بين الفقهاء عامة ، لورود الآثار عن الرسول (ص) بالنهي عن عقد هذا شأنه ، والجهالة قد تكون يسيرة وقد تكون فاحشة ، والعرف هو الحكم في تحديد ذلك (٢) .

وقال القرافي في الفروق : لقد وردت الاحاديث الصحيحة في نهي (ع) عن بيع الغرر وبيع الجهول ، واختلف العلماء في ذلك فمنهم من مذهب الجميع التصرفات وهو الشافعي ، فقد منع من الجهالة في الهبة والصدقة والايراء والصلح وغير ذلك .

وفصل مالك بين ما كان معاوضة خالصة ، وبين ما هو احسان خالص كالهبة والصدقة والايراء ، فالنوع الاول لا بد فيه من العلم بالعوضين ، والثاني لا يشترط فيه ذلك لانه احسان لا ضرر من الجهالة فيه ، ولأن الموهوب له والمتصدق عليه لم يبذلا شيئاً في مقابل المال الذي أخذاه من الواهب والمتصدق ، بخلاف النوع الاول ، فان الجهالة فيه تؤدي إلى تضييع المال المبذول في مقابل العوض الآخر .

أما الزواج فمن جهة ان المقصود الاصيل منه ايجاد رابطة الزوجية ، فلا تضرر الجهالة بالمهر فيه . ومن جهة ثانية يمكن أن يكون حاله حال المعاوضات المالية المبنية على المبادلة من الطرفين ، لأن المال وان لم يكن ركناً فيه ، إلا ان الشارع قد اعتبر فيه المال مهراً للزوجة وبذلك يكون واسطة بين ما لا تجوز فيه الجهالة

---

١ - الفقه على المذاهب الأربعة المجلد الثاني ص ١٦٥ كتاب البيع .

٢ - الفقه الإسلامي ص ٣٦٤ .

وبين ما يجوز فيه ذلك ، فإذا كانت الجهالة يسيرة فلا تنفع من صحته ، وإذا كانت بما لا يتسامح العرف فيها فلا يصح العقد معها ، وقد مثل المالكية بما لو تزوج رجل امرأة على جهاز وأثاث بيت فهذا النوع من الجهالة لا يمنع من صحة العقد ، ويتعين الرجوع إلى الوسط بنظر العرف ، وإذا تزوجها على عبق أبى أو بعير شارد فلا يصح العقد في مثل ذلك ولا يجدي الرجوع إلى العرف في مثله ( ١ ) .

ومها كان الحال فتعين العوضين لا بد منه في الفقه الجعفري وغيره . وقد نص على ذلك كل من السنهوري في الوسيط والدكتور سليمان مرقس في نظرية العقد .

قال الدكتور مرقس : يجب أن يكون محل الالتزام معيناً حتى يرد عليه الاتفاق ، لأن عدم تعيينه يحول دون الوصول إلى اتفاق عليه ، ويستوي في ذلك أن يكون محل الالتزام أداء عمل أو امتناعاً عن عمل ، أو نقل حق عيني ، وأضاف إلى ذلك : انه إذا كان محل الالتزام الذي يراد نشؤه من العقد إعطاء حق عيني ، فإن هذا الحق يتعين بمجمله أي بالشئ المادي الذي يراد نقل حق متعلق به ، وبالتالي يجب أن يكون هذا الشئ ذاته معيناً أو قابلاً لتعيين ، والأشياء من حيث طريقة تعيينها نوعان أشياء مضمنة بذاتها أو قيمتها ، وأشياء مثلية ، وهي التي تعين بشئ الذات ، والأشياء القيمة هي التي يتميز كل منها من غيره بصفات خاصة تعينه تعييناً ذاتياً يجعل غيره لا يقوم مقامه عند الوفاء كالمقارن بوجه عام وكل شئ ينظر فيه إلى وصف ذاتي يميزه عن غيره ، ولا بد من تعيين هذه الأشياء في العقد بصفاتها المميزة لها تعييناً كافياً يحول دون الخلط بينها وبين غيرها . والأشياء المثلية هي التي يوجد لها نظر من جنسها كالعقود والذهب والفضة والخطة والشعر وغير ذلك بما كان من هذا النوع ، وإذا كانت الأشياء المثلية تتفاوت فيما بينها من حيث جودتها وجب أن تعين درجة جودتها ، غير انه لا يشترط أن يعين

الطرفان هذه الدوجة صراحة ويمكن استنباطها من ظروف التعاقد او بالرجوع إلى العرف ، وإلا فيفرض انها قصدا ان يكون العقود عليه درجة متوسطة كما تنص على ذلك المادة ١٣٣ (١) .

وجعل القول : ان الفقه المدني يلتقي مع الفقه الشرعي في هذه المسألة التقاء كلياً ، من حيث تعيين محل العقد وكونه معاملاً للمتعاقدین سواء كان قيمياً او مثلياً ، كما وان التعديد الذي ذكره الدكتور مرقس القيسي والمثلي يتفق مع تعديد الجعفرين لها .

قال السيد الحكيم في نهج الفقاهة : والمستفاد من كلمات الفقهاء الواردة في تعديدما ومن التقص على الحدود التي ذكرت لها ، هو ان المثلي ما يكثر وجود مثله في الصفات التي تختلف باختلافها الرغبات ، والقيمي بخلافه ، ومنه يظهر ان الذهب والفضة المسكوكين من المثلي وكذا غير المسكوكين إذا لم يكونا مصوغين ، اما المصوغات فهي من القيمي لإختلاف الصياغة في الصفات الموجبة لتفاوت الرغبات واختلاف المآلية ، وكذا الحديد والنحاس والرصاص (٢) .

ومن هذا الضابط الذي استخلصه السيد الحكيم من النصوص الفقهية تبين ان المثلي هو الذي يشترك مع غيره في الصفات التي تقوم بها مالية الشيء بحيث يكون له افراد تتفق في أكثر الصفات التي رغب فيها المتعاقدان ، والقيمي هو الذي يختلف عن غيره في الصفات بنحو لا تتساوى افراده من هذه الجهة .

وهذا التعديد هو الذي اختاره الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد ، فلقد جاء فيه : ان المثلي هو الذي يوجد له نظير من جنسه مساوٍ او مقارب بحيث يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كما تنص على ذلك المادة ٧٥ ، ومن ذلك العقود

١ - نظرية العقد ص ١٨٧ و ١٨٨ .

٢ - انظر نهج الفقاهة مبحث المثلي والقيمي ص ١٣٦ .

والذهب والفضة والقمح والشعير وخلاف ذلك مما تتساوى فيه الصفات ، كما نص على ان الأشياء القيمة هي التي يتميز كل منها عن غيره بصفات خاصة تعينه بنحو لا يقوم كل واحد مقام الآخر عند الوفاء (١) .

والفقهاء الجعفرين حديث طويل حول المثل والقيمي ، وكما ذكرنا ان نصوص الفقهاء المتعلقة بتحديد ما وبيان الفوارق بينها ترجع إلى ما ذكره السيد الحكيم في نهج الفقاعة .

\*

\* \*

## تحديد نطاق العقد

٣٣

والذي يعنيه هذا العنوان هو تحديد محل العقد وتوابعه وما يدخل في العوضين من التوابع والاوصاف ، والمتبع في جميع ذلك بالمرتبة الاولى تنصيب المتعاقدين صراحة في العقد على مقصودهما فيما يعود إلى العقد وعمله وما يتبع المحل من الشروط والاوصاف بنحو يكون تنصيبها كشفاً عن ارادة كل منها ، فلو باع المالك الدار مثلاً ونص في العقد على جميع محتوياتها بالتقد المعين يمين المحل بما نص عليه المتعاقدان ، وكذلك لو استثنى شيئاً او عين الثمن بغير النقود المتعارفة في بلد المتعاقدين ، ولو اطلق العاقدان ولم يبين شيئاً واتسع الاطلاق لبعض الخصوصيات والاوصاف الخارجة عن ذات العوضين يتعين الأخذ باطلاق صفة العقد ما لم يوجد مانع عن العمل باطلاقها ، وفيها عدا ذلك فالعوامل التي يستوشد بها في تحديد نطاق العقد تنحصر بالأمور التالية :

الاول : العرف وقد اقر الشارع الرجوع اليه في تحديد المفاهيم التي ليس له فيها اصطلاح خاص او معنى بخصه ، وبتمثيل اكثر وضوحاً انما يصح الرجوع إلى العرف في الموضوعات التي ليس له حقيقة فيها ، والتي جعلها موضوعاً لحكمه ولم تنصرف فيها بما يخالف المعنى الذي يدل عليها اللفظ ، واكثر ما يكون ذلك في المعاملات حيث ان الشارع قد اقر فيها الكثير مما كان شائعاً ومستعملاً بين الناس وأمضى

تصرفاتهم المالية وعقودهم ، والرجوع إلى العرف في مثل ذلك لا يعني انه من مصادر التشريع ، وانما هو من حيث ان الشيء اذا كان متداولاً ومستعمل بين الناس في عصر التشريع ولم يردع عنه الشارع او جعل حكمه على الموضوع المستعمل بين الناس ، ولم يعين ناحية خاصة مع تمكنه وقدرته على البيان ، يكون ذلك منه اقراراً وامضاء لما شاع بينهم وتعارفوا عليه ، وبالتالي لا يكون الرجوع إلى العرف او العادة في مثل ذلك من حيث انها دليلان من أدلة التشريع ، بل من حيث ان الأخذ بهما والرجوع اليهما رجوع إلى السنة التي هي عبارة عن تقرير المشرع الشامل لسكوته في حالة كونه متمكناً من بيان مراده لو كانت مخالفاً لما هو المتعارف بين الناس ، وفيما يعود إلى الاعراف للتجدة والتي تختلف بتبدل الزمان وتجدده هذا النوع من الاعراف تحمل عليه الاطلاقات والاستعمالات الجارية بين الناس في كل زمان حسبا هو متعارف عندهم إلا أن ينص المتكلم على ارادة خلافه ، فلو باع المالك داره او عقاره بألف دينار مثلاً ينصرف الدينار إلى النقد المتعارف الشائع في بلاده ، وان كان المطلق يقتضى اطلاقه يتسع لاكثر من صنف واحد من أصناف الدراهم ، إلا ان تعارف التعامل بالدينار الورق يوجب ظهور هذا اللفظ في خصوص هذا الفرد من بين أفرادها ، وبعد الاحصاء والتبعية في فقه الجعفرين نجدهم يعتمدون على العرف والعادة حتى في الموارد التي يتسع فيها اللفظ لاكثر معنى واحد .

ومن أمثلة ذلك ما لو اتفق المتعاقدان على بيع الدار بمائة دينار مثلاً ولكنها اختلفا في نوعية الدينار الذي وقع ثمناً في عقد البيع ، فقد نص الفقهاء على ان الاطلاق ينزل على الدينار الذي تعارف التعامل فيه ، وعلى الطرف الآخر الذي يدعي بأن العقد وقع على الدينار الذهب مثلاً او الدينار الأجنبي ان يثبت ذلك بأحد طرق الإثبات ، وفيما لو اشترى شيئاً ووجد بها صفة لم يكن عالماً بها حين العقد وادعى انها عيب يسوغ له الفسخ ، وانكر البائع ذلك بتعين في مثل ذلك الرجوع إلى العرف لتشخيص ما لو كانت عيباً أم لا ، وفيما لو اشترى فرساً تدخل

البوذة والجامع مع المبيع إذا حكم العرف بذلك ، كما يدخل الحل أيضاً لأنه من ثوابها عند العرف وبعد جزؤه منها ، وكذلك لو اشترى بستاناً ، فإن الحائط وغيره من الثواب يتعين الرجوع فيها إلى العرف فيما لو تنازع البائع والمشتري على شمول العقد لمثل ذلك ، والحال كذلك بالنسبة إلى مفاتيح الدار وأبوابها وما فيها من الرفوف والثواب .

قال الشيخ محمد حسن النجفي في الجواهر : إذا باع شجرة عليها ثمرة فالثمرة للبائع على كل حال إلا إذا حكم العرف بتعيينها للشجرة .

الثاني العامة قال في الجواهر : لو باع عبداً واشترط تسليمها بعد مدة ولم يعين المدة في العقد فإن كانت معينة بحسب العادة يكون البيع صحيحاً لأن العادة بمنزلة الشرط الصحيح في العقد .

وقال في خيار الغبن : إن مقدار التفاوت في القيمة يتعين الرجوع فيه إلى المتعارف المعتاد بين الناس ، وهو يختلف بالنسبة إلى الزمان والمكان ونحوهما ، ثم قال : ولو اشترى زبناً فوجد فيه ثغلاً ، فإن كان مما جرت العادة بثله لم يكن له رد ولا ارش لأن جريان العادة بثله يجعله كعلم المشتري به .

وقال في بيع السلم : السادس أن يكون وجوده أي المسلم فيه غالباً بحسب العادة وقت الحلول ولو كان معدوماً حين العقد لصدق القدرة على التسليم بذلك ، إذ العاديات بمنزلة الموجودات ، فلا تقوم المدومية حين العقد ، وفيها يتعلق بالحل الذي يجب تسليم المبيع فيه قال : ولا يجب تعيين المثل الذي يجب به تسليم المبيع ، وله المطالبة به حيث شاء ، إلا إذا كان هناك عرف يقضي بالانصراف إلى مكان مخصوص فيتبع حينئذ كالمشروط كما هو ظاهر الأصحاب .

وقال المحقق في الشرائع : إذا دفع سلمة إلى غيره ليعمل له فيها ، فإن كان من عادته أن يستأجر لذلك العمل وكان العمل مما يستحق أجره بحسب العادة ونظر العرف



فله ان يطالب بالاجرة اذا لم يقصد التبرع بعمله ، أما إذا كان العمل بما لا يستحق اجرة بحسب العادة فلا اجرة له وان ادعاهما العامل .

ونص الشهيد في الروضة ، والشهيد الثاني في المسالك ، والعلامة في التذكرة : ان الحيوط في الاجارة على الحياطة ، والمداد في الاجارة على الكتابة وكل ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة هو على المستاجر ، إلا إذا قضى العرف والعادة بخلاف ذلك فيكون على المؤجر ، إلى غير ذلك من الأمثلة والشواهد التي نص عليها الجعفرين في فقههم ، والتي يستفاد منها تحكيم العرف والعادة في الموارد التي لم يرد فيها تحديد من قبل الشارع ولا من قبل المتعاقدين ، وقد تردد في بعض نصوص الفقهاء ان المعروف كالمشروط ، وان ما جرت عليه العادة بين الناس كالتأخوذ شرطاً في العقد .

ومن مجموع ذلك تبين ان الفقه الجعفري لا يتكرر للعرف والعادة ، ولا يستغنى عنها في تحديد موضوعات الاحكام وتفسيرها وتعيين ما يتبع العوضين الذي جرى عليها التعاقد إذا لم تنجبه له ارادة المتعاقدين بالتخصيص او لم يمكن مدلولاً لصيغة العقد .

الثالث : طبيعة الالتزام ، والمراد من ذلك هو ان المتعاقدين وان لم يتعرضا صراحة في العقد لما هو من ضرورات العوضين كفاتح السيارة مثلاً ومفاتيح الدار والطريق الموصل اليها وما اشبه ذلك بما ليس جزءاً من المبيع ولكنه من ضروراته او من توابعه التي لا ينفك عنها كحمل الدابة مثلاً ، فإن الالتزام الحاصل من التعاقد بين الطرفين على المبادلة هذا الالتزام بنفسه يقتضي دخول توابع المبيع التي لا تنفك عنه وتوابع الثمن ايضاً فيها ، لأن طبيعة العقد تقتضي تسليم كل من العوضين للآخر ، ولا يتم ذلك إلا بدخول المفاتيح والطريق الموصل إلى المبيع في موضوع العقد ، وهكذا بالنسبة إلى حمل الدابة فيا لو استوى دابة حامل ، فان الحمل يتبع المبيع وان لم ينص المتعاقدان على ذلك ، لأن العقد

بذاته على المبيع الواحد لهذه الصفة اي لصفة الحمل يقتضي دخول الحمل في المبيع .

قال السيد ابو الحسن في وسيلة النجاة تحت عنوان ما يدخل في المبيع عند الإطلاق: وإذا باع داراً دخل فيه الأرض والأبنية الأعلى والأسفل والبئر والأبواب والأخشاب المتداخلة في البناء والأوتاد المثبتة فيه ، ولو باع بستاناً دخل فيه الأرض والشجر والنخل والأبنية كسورها وما يعد من توابعها ومرافقها كالبئر والناعور والحظيرة ونحو ذلك (١) .

وكما ان الفقه الجعفري يعتمد على العرف والعادة وطبيعة العقد في تحديد المعقود عليه كذلك يعتمد عليها الفقه المدني وفقه المذاهب الإسلامية الأربعة ، وقد أورد السنيهوري في مصادر الحق وفي الوسيط أمثلة من فقه المذاهب والفقه المدني لإثبات هذه الدعوى .

قال في مصادر الحق : في الفقه الإسلامي كما هو الأمر في الفقه التركي يسترشد في تحديد نطاق المعقود بالعرف والعادة وطبيعة الالتزام ، فيتبع العين ما تستلزمه طبيعتها من ملحقات ، ومن أمثلة ذلك :

ما لو باع المالك بدراً ودنانير وكان المتعاقدان في بلد اختلفت فيه النقود مع الاختلاف في المالية والرواج ، انصرف البيع إلى الأغلب لأنه هو المتعارف ، ولو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن ولم يصرح فيه بمحل أو تأجيل ، وكان المتعارف فيما بينهم ان البائع يأخذ كل جمعة قدراً معلوماً انصرف اليه بلا بيان ، ذلك لان المعروف كالتشروط إلى غير ذلك من الامثلة التي أوردنا جانباً منها عن الجعفرين ، ويبدو من ذلك ان الجعفرين وغيرهم متفقون على مبدأ تحكيم العرف والعادة في تحديد محل العقد ، ولكن الجعفرين يرجعون اليه من حيث ان العقد ينصرف إلى ما هو متعارف ومعتاد بين الناس إذا أطلق المتعاقدان ولم يعينا نقداً خاصاً أو أجلاً

---

١ - انظر وسيلة النجاة للسيد ابو الحسن الاصطهاني .

محدداً او صنفاً خاصاً من توابع المبيع ، وغيرهم يرون العرف والعادة أصليين من أصول التشريع كغيرهما من أدلة التشريع الاخرى ، وبالف الإحناف في تقدس العرف وقال بعضهم بهذه المناسبة :

والعرف في الشرع له اعتبار      لذا عليه الحكم قد يدار

وذهبوا الى ان العرف العام يصلح لان يمارس أدلة الفقه الاخرى ما لم تكن المسألة ثابتة بنص صريح .

وبجمل الأدلة التي اعتمدوا عليها لإثبات ان العرف من أصول التشريع يتلخص بالامور التالية :

الاول ما جاء عن ابن مسعود : ان النبي (ص) قال ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وقد استدل بهذه الرواية البرخسي وغيره .

الثاني : ان التشريع الإسلامي لم يتكرر للعرف وقد راعى عرف العرب في بعض تشريعاته .

الثالث : ان ما يتعارف بين الناس من قول او فعل يصبح من نظام حياتهم ، فإذا قالوا او كتبوا فانما يعنون المعنى المتعارف بينهم ، وإذا عملوا فانما يعملون على وفق ما تعارفوه واعتادوه ، وإذا سكتوا عن التصريح بشيء فهو اكتفاء بما يقضي به عرفهم ، ولذا أطلق الفقهاء ان المعروف كالتشروط (١) .

وهذه الأدلة الثلاثة على تقدير صحتها لا تثبت ان العرف والعادة أصلا من أصول التشريع كما يدعيه الإحناف وغيرهم من فقهاء المذاهب الاربعية ، ولا يستفاد منها أكثر من ان الشارع لم يحاف الاعراف والعادات المتبعة بين الناس ،

بل أفرم على ما تعارفوه بينهم في بعض المعاملات والتصرفات وترك اليهم تحديد الموضوعات التي لم يكن له فيها اصطلاح يختص به ، وهذا لا يعني انها من أدلة الاحكام كما توهم أنصار هذا القول .

وقال السنهوري في الوسيط بالنسبة إلى الاعتماد على طبيعة العقد والمعرف والعادة لتحديد محل العقد : ان من باع شيئاً يعتبر انه قد باع بالإضافة اليه جميع ملحقاته الضرورية ، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله طبقاً لما تقتضيه طبيعة الاشياء ، ومثل لذلك بن باع سيارة ، فطبيعة هذا العقد تقتضي ان يتبعها جميع الادوات الضرورية التي لا يمكن استعمالها إلا بها ، وأضاف إلى ذلك ان العرف يجري مجرى القانون ، وكما يكون من عوامل تفسير العقد ، كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه ، فمن باع شيئاً لا يلزم فحسب بالقيام بما هو ضروري لنقل المبيع إلى المشتري ، بل يجب عليه بالإضافة إلى ذلك ان يكف عن أي عمل من شأنه ان يجعل نقل الحق مستحيلًا أو عسيراً عليه ، والمقصود من ذلك ان البائع يجب ان يفسح المجال للمشتري لإستلام المبيع ويسهل له جميع الطرق التي توصله لهذه الغاية ، وبدون ذلك لا يتم التسليم والتسلم المقصودين للمتعاقدین (١) .

---

١ - انظر الوسيط ص ٦١٩ و ٦٢١ ونظرية العقد ص ٣٢٨ ، وانظر المكاسب في الفقه الشيعي مبحث القبض حيث نص على ان التسليم والتسلم من مقتضيات طبيعة عقد المعاوضة ، وان على المتعاقدين ازالة جميع الموانع التي تحول بين استيلاء المشتري على المبيع والبالغ على الثمن .

## نظرة تحول العقد

٣٣

هذه النظرية بصيغتها الموجودة عند المدنيين لم يبعث عنها الفقه الإسلامي بحثاً مستقلاً بهذا العنوان ، ولكن النتيجة التي يحاول المدنيون التوصل اليها من هذه النظرية ، هذه النتيجة قد تبناها الجعفريون في فقههم ، ولكن لم تتوفر العناصر الكافية للاقتناع بها إلا عند القليل منهم كما سنعرض لذلك .

وبجمل الحديث عن هذه النظرية ، ان الفقه الغربي لم يتعرف عليها إلا بعد ان مر بمراحل طويلة وأصبحت وأماها من النظريات المستحدثة من مظاهر تطوره واتساعه ، والمقصود منها كما جاء في الوسيط لعبد الرزاق السنهوري ، وفي نظرية العقد لسليمان مرقس وغيرهما : ان العقد الباطل الذي يقصد المتعاقدان ابرامه يمكن تحويله الى عقد آخر من العقود إذا كانت عناصر الثاني بتامها موجودة في حطام ذلك العقد الفاسد ، وقد أخذ بهذه النظرية التشريع المصري في التفتين الجديد ، بعد ان لم يكن في القوانين القديمة الفرنسية والمصرية نص على الأخذ بها كبداً عام ، وجاء في المادة ١٤٤ من القانون المدني المصري الجديد : إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه اركان عقد آخر ، فإن العقد الثاني الذي توافرت اركانه في ذلك العقد الباطل يكون صحيحاً .

ومن أمثلة ذلك تحول عقد البيع الى عقد الهبة إذا كان بطلانه لعدم ذكر

الثلث فيه ، او لكون الثمن المذكور فيه صورياً ، ذلك لأن عقد الهبة لا يشترط فيه الثمن ، والعاقدان اللذان تعاقدتا بلا من او بثن صوري يشلب فيها ان نيتها قد انجبت إلى الهبة ، ولا سيما وهما يعلمان بأن البيع باعتباره من المعاوضات لا يتم إلا بذكر الثمن عوضاً عن المبيع ، وحيث ان الهبة لا يشترط فيها لفظ خاص ، وتم بكل ما يدل عليها من قول او فعل ومبني على الإعطاء من طرف واحد ، فعناصرها بكاملها موجودة بين حطام ذلك العقد الباطل ، فلم يعد ما يمنع من تحول العقد الذي انشأ بعنوان البيع ولم تتوفر فيه العناصر الكافية لصحته ، لم يعد ما يمنع من تحوله إلى هبة من البائع للطرف الآخر .

وقد تناولوا لذلك بأمانة أخرى لا يحتمل استقصاها ، والذي أردناه من الحديث عن هذه النظرية مع انها لم تدون في الفقه الإسلامي ان فكرة تحول العقد الفاسد إلى عقد صحيح من نوع آخر قد توافرت جميع اركانه وعناصره ، هذه الفكرة لم تغب عن الشرعيين ودونوها خلال أبحاثهم عن مصير العقود الفاسدة فيما لو نشأ الفساد من جهة التنصيص على عدم الثمن في البيع والاجارة ، إذا قال البائع او المؤجر للطرف الآخر : بعثك بلا من او أجرتك بلا اجرة ، وأخذ بها بعضهم فنص على ان البيع في المثال الأول يتقلب هبة والاجارة في المثال الثاني يتقلب عارية ، لأن مرجع البيع بلا من إلى تعليق العين للطرف الثاني بدون عوض كما هو نتيجة الهبة ، ومرجع الاجارة بلا اجرة إلى إباحة الانتفاع بالعين بدون مقابل كما هو مفاد العارية ، والظاهر ان من بين من تبني هذه النظرية من الفقهاء الشهيد والحقق ، وهما من أعيان الفقهاء الجعفرين .

والمتمصل من جميع ذلك ان القوانين المدنية الحديثة قد انتهت إلى هذه النظرية بعد المراحل الطويلة التي مر بها التشريع المدني ، ولم يفعل عنها التشريع الجعفري بل تنبأها قبلهم بعشرات السنين ، ولكنه لم يقرها كبداً عام في تشريعاته لأن نية المتعاقدين

لم تنجبه إلى العقد الثاني ولا بد في العقود من مراعاة قصد المتعاقدين ونيتهما كما  
رجح ذلك أكثر الفقهاء والذين أخذوا بهذه النظرية من الفقهاء الجعفرين لم  
يتكروا لهذا المبدأ ، بل اعتبروا إرادة المتعاقدين في واقعها متجهة إلى المصلحة  
والعارية في المثالين المذكورين (١) .

\*

\* \*

---

١ - انظر المكاسب مبحث القروض بالعقد اللامسد وشرحها للحنساري الجزء الأول  
وانظر الوسيط للنهوي ونظرية العقد ص ٢١٠ و ٢١١ وانظر الفقه الإسلامي في توبه  
الجديد لمصطفى الزرقا المجلد الثاني من الجزء الأول ص ٦٦٨ و ٦٦٩ .

## العقد شريعة المتعاقدين

### ٣٤

لقد وردت هذه القاعدة في الفقه المدني الروماني ، وأخذ بها فقهاء القانون الفرنسي القديم ، ونصت عليها المادة ١١٣٤ من التتقين الفرنسي وأصبحت من المبادئ الأولية التي تعبر عن وجوب التقيد بالعقد واحترامه في جميع التشريعات .

والذي تعنيه هذه القاعدة ، هو ان المتعاقدين كلما اتفقا عليه وأدخلاه في نطاق العقد يلزمها التقيد به والعمل بمضمونه واحترامه كما لو كانت القانون قد نص على وجوب الإتيان به ، أي ان العقد الجامع للشروط التي اعتبرها المشرع في تكوينه وصحته لا يجوز لأحد المتعاقدين ان يتهرب بما التزم به ، ولا ان يغير او يبدل منها شيئاً بإرادته المنفردة ، بل يجب على كل منها ان ينفذ ما التزم به في العقد ويحقق ارادة الطرف الآخر في تنفيذه .

وكما يجب ذلك على كل منها باعتبار ان العقد هو الشريعة التي يجب عليهما الوقوف عندها ، يجب على القاضي ان يحترم تعاقدما ، ويلتزم بتطبيقه عليهما عندما يرجعان اليه في الخصومات المتعلقة بذلك العقد ، وليس له ان يغير او يبدل فيه شيئاً حتى ولو رأى فيه ما ينافي العدالة بنظره (١) .

---

١ - انظر نظرية العقد ص ٢٢٠ ومصادر الالتزام ص ٢٢٨ ، والوسيط للسنيوري .



وقد اخذ بمحتويات هذه القاعدة الفقه الإسلامي ، وفرض على المتعاقدين إذا تكاملت أركان العقد وشروطه الرقابة واحترامه بجميع محتوياته ، وليس لاحد حق التصرف فيه بأي نحو كان ، وعلى القضاة العمل على تنفيذه وتطبيقه على المتعاقدين فيما لو توافعا اليهم في أمر يتعلق بالعقد الواقع بينهما ، وقد تعددت النصوص الإسلامية التي تتفق مع هذا المبدأ روحاً ومعنى ، والتي تؤكد شرعية العقد وإلزام المتعاقدين بالعمل بمضمونه ، ومن ذلك قوله سبحانه :

يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ، وهذه الآية بصيغتها تدل على وجوب الوفاء والعمل بالعقد بجميع محتوياته ، وتعتبر مما يراد من القاعدة المعروفة في الفقه المدني (١) .

وقد أجاز الفقه المدني الخروج عن هذا المبدأ عندما يتفق المتعاقدان على نقض العقد أو تعديله ، وفي ذلك يقول الدكتور مرقس والدكتور عبد المجيد الحكيم : اما جواز نقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين فهو أمر طبيعي ، لأن توافق الإرادتين هو الذي ينشئ العقد ، وبعبارة أخرى الرابطة العقدية التي سبق لها انشاؤها ، وكما ان القانون القائم يمكن نسخه أو تعديله بقانون جديد ، كذلك يمكن نقض العقد باتفاق جديد بين الطرفين ، وإذا خول العقد منذ إبرامه أحد العاقدين ان يستقل بنقضه بعد مدة معينة يكون حق هذا العاقد في النقض مستنداً إلى الاتفاق عليه في العقد الأصلي (٢) .

ومع ان الفقه الجعفري يقرر النظرية عينها المتعلقة باحترام العقد وتنفيذه بجميع محتوياته وهو من هذه الناحية أكثر تصلباً وتمسكاً بشرعية العقد ، ومع ذلك يفسح المجال للمتعاقدين للتدخل من التزاماتها أكثر من الفقه المدني ، وقد

١ - انظر المكاسب ، والجواهر كتاب التاجر وغيرهما من فقه الإمامية .

٢ - نظرية العقد ص ٣٣١ و ٣٣٢ - ومصادر الالتزام لمبد المجيد الحكيم ص ٣٣٨ .

أعطى الفقهاء أمانة كثيرة تباع للمتعاقدين أو لأحدهما حل العقد والتحلل من الالتزام الذي التزم به ، ومن ذلك اتفاق الطرفين على حل تلك الرابطة التي أوجدها العقد ، ويعبرون عن ذلك بالإقالة ، وجاء في جملة من النصوص ما يؤكد رجحانها ، كما وإن اتفاق المتعاقدين في العقد على أن يكون لأحدهما الحق في نقض العقد بعد مدة من تاريخ إبرامه ، هذا الاتفاق مرجعه إلى إعطاء أحد المتعاقدين الحق في فسخ العقد بعد مدة من تاريخ إبرامه ، أو عندما يتمذّر على أحدهما الوفاء بجميع التزاماته ، أو لتغير ذلك من الأسباب ، ومن أمثلة ذلك ما لو اشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما الخيار لنفسه خلال مدة من الزمن محددة من حيث البداية والنهاية ، وقد أجمع الفقهاء على صحة هذا الشرط ووجوب الوفاء به ، وهذا من غير فرق بين أن يكون زمان هذا الخيار الثابت لها أو لأحدهما بالشرط متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه ، كما لو تعاقدنا على أن يكون لأحدهما الخيار بعد سنة من تاريخ العقد مثلاً أو بعد شهر ونحو ذلك بحيث يكون العقد قبل مجيء الزمان المعلن لازماً على كل منها .

ولا بد من تعيين المدة التي يحدث الخيار عندها ، فلو كانت مجهولة غير معلومة المقدار ، كما لو جعل أحدهما الآخر الحق في فسخ العقد عند مجيء موسم الحصاد أو عند رجوع المسافرين مثلاً لا يثبت للشرط له حق إبطال العقد من حيث بطلان الشرط لجهة الجهالة المؤدية للضرورة على حد تعبير الفقهاء (١) .

---

١ - انظر المكاسب للشيخ مرتضى مبحث الخيار الثابت بالشرط ، والجواهر كتاب المتاجر ، قال في الجواهر : ولا ريب في رجحان الإقالة ومشروعيتها ، وجاء في مروية ابن حمزة من الصادق (ع) : أيما عبد أقال مسلماً في بيع أقال الله عشرته يوم القيامة وإضاف إلى ذلك : فهي عندها فسخ في حق المتعاقدين ، سواء وقعت بلفظ الإقالة أو غيره .

## نظرية الظروف الطارئة

٣٥

هذه النظرية تمهد من القوة الملزمة في العقد وتفسح المجال أمام المتعاقدين لتحل من سلطان العقد ، وذلك فيما لو طرأت على العقد او على المتعاقدين ظروف لم تكن متوقعة تؤدي إلى اختلال توازنها الاقتصادي او إلى الاضرار بها على حد تعبير بعض المؤلفين في الفقه المدني ، وهذه النظرية كما يدعي الدكتور عبد المجيد الحكيم لم تؤخذ بها القوانين الخاصة إلا منذ عهد قريب ، وأول من أخذ بها هو مجلس الدولة الفرنسي ، ولكن القضاء المدني في فرنسا ومصر لم يساير القضاء الاداري في هذا الاتجاه وظل متمسكاً بقاعدة ( العقد شريعة المتعاقدين ) ولم يسمح بتغيير التزامات المتعاقدين . وأول القوانين التي أخذت بها القانون المدني البولوني ، ثم الايطالي والمراقي والقوانين المدنية العربية التي وضعها الدكتور السنهاوي .

وجعل القول : ان القوانين القديمة والحديثة كانت إلى زمن قريب تغالي في احترام التزام المتعاقدين وتقدس العقد عملاً يبدأ « العقد شريعة المتعاقدين » مهما كانت الظروف ، ومهما طرأ على المتعاقدين من الحوادث المخرجة لها ، ولما كان ذلك يتنافى مع مبدأ العدالة بنظر المشرعين من رجال القانون أقروا هذه النظرية بقصد التخفيف على المتعاقدين اذا كان الالتزام بالعقد محاطاً بتلك الصعوبات المضرة بحالها ، واجازوا للمحكمة اذا رأت ضرورة لذلك ان تعيد النظر في

أمر العقد ونحوه من قوته الملزمة بنحو يلتقي مع مصلحة الطرفين ، ولو بفسخ العقد .

وتتلخص هذه النظرية بأنها تبیح للمتعاقد التخلص من العقد فيما لو طرات عليه بعض الحوادث الاستثنائية التي لم تكن متوقعة حين إبرام العقد بحيث أصبح وفائه بالتزاماته محرّجاً له (١) .

قال الدكتور مرقس : لا أثر لهذه النظرية في القانون الروماني ، إذ يرجع أصلها إلى القانون الكنسي فحسب . فقد كان هم فقهاء الكنيسة أن يسود العدل في العقود ، فاستوطنوا الثمن العادل والأجر العادل وحاربوا الغبن والربا ، وفرعوا على ذلك وجوب التعادل في الالتزامات التبادلية ليس عند إبرام العقد فحسب ، بل عند تنفيذه أيضاً ، وبنوا ذلك على وجود شرط ضمني في كل عقد من مقتضاه أن كلاً من عقديه لا يبقى ملتزماً بأحكامه إلا طالما بقيت الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها على حالها ، أو على الأقل دون أن يطرأ عليها تغيير جوهري ، أما إذا تغيرت هذه الظروف تغيراً يحل بالتوازن بين التزامات المتعاقدين ، تحسب بحتمى هذا الشرط تعديل هذه الالتزامات بما يعيد إليها التوازن .

غير أنه لما ازدهر مبدأ سلطان الإرادة في القانون الفرنسي القديم ، أدى ذلك إلى اعتبار العقد شريعة للمتعاقدين وحصل التشدد في التقيد به وفي عدم جواز نقضه أو تعديله مهما كانت الظروف التي أبرم فيها ومهما أثرت هذه الظروف في كيانه الاقتصادي فاندثرت هذه النظرية وغابت عن الانظار .

وفي القانون الفرنسي الحديث تأثر واضعوه بالقانون الفرنسي القديم ، ونصوا

---

١ - انظر مصادر الالتزام للدكتور عبد الحجيد الحكيم ص ٢٢٩ ونظرية العقد للدكتور مرقس ص ٢٢٢ .

على ان العقد شريعة المتعاقدين ، وأجمع الفقه والقضاء على ان العقد ملازم للطرفين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق جديد، وبقي الفقه والقضاء متمسكاً بسيطرة العقد على المتعاقدين بالرغم من الاضطراب الكبير الذي طرأ على المعاملات قبل الحرب العالمية الأولى وخلافاً بسبب ارتفاع الاسعار وندرة السلع، وفرض القيود على الواردات والصادرات مما جعل التمسك بالعقد مع هذه الظروف وفي ظل هذه الحوادث مستصعباً إلى أبعد الحدود ، فأثار ذلك اهتمام المشرعين إلى إعادة النظر في تلك العقود على ضوء الظروف الجديدة الحادثة ، فكان ذلك سبباً في بعث هذه النظرية في الفقه الحديث ، وأصبحت من التقنيات الحديثة المعمول بها في أكثر البلدان الأجنبية والعربية .

ولا بد من تحقق الشروط التالية لتطبيق هذه النظرية على العقود :

الأول : ان يكون العقد من العقود المستمرة التنفيذ كعقد الإيجار ، او العقود الدورية التنفيذ كالبيع بأجل او بثمن مقطوع ، والعقد التي هي دورية التنفيذ ، كما لو باع رجل لشخص صنفاً بشرط ان يسلمه له على دفعات خلال مدة من الزمن ، ففي هذا النوع من العقود يمكن ان يحدث خلال المدة الواقعة بين للعقد وتقام تنفيذه بعض الحوادث التي لم يكن في الحسبان حدوثها .

الثاني : ان تكون تلك الحوادث الطارئة من الحوادث الاستثنائية العامة ، أي لا تكون تلك الحوادث مختصة بأحد المتعاقدين دون سواه ، ومن امثلة تلك الحوادث العامة الحروب والفيضانات والجراد ونحو ذلك .

الثالث : ان لا تكون تلك الحوادث متوقعة للمتعاقدين عند إبرام العقد ، فلو كانت متوقعة عند إبرام العقد وأقدم المتعاقدان على العقد فلا يكون الزام العاقد بما التزمه للآخر عملاً بالمعادلة .

الرابع : ان يكون تنفيذ الالتزام مع هذه الظروف والحوادث مرهقاً  
للطرف الآخر ولا يشترط ان يكون مستحيلاً في حقه ، بل يكفي فيه ان  
يؤدي إلى الاضرار به إلى حد يعسر تحمله غالباً (١) .

\*  
\* \*

---

(١) انظر المصدرين السابقين .

## موقف الفقه الجعفري من هذه النظرية

٣٦

هذه النظرية معروفة في الفقه الاسلامي وبخاصة الفقه الجعفري منذ أقدم عصور التشريع ، مع العلم بأن القوانين الحديثة لم تأخذ بها بصورة عامة إلا بعد الحربين العالميتين الواقعتين خلال القرن العشرين ، وقد أخذ بها التشريع الجعفري في البيع والإجارة وغيرهما من العقود مع انه يفرض على المتعاقدين الالتزام بالعقد وتنفيذه بجميع محتوياته ما لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة كما يبدو ذلك من الأمثلة التالية :

لو تلف المبيع قبل قبضه وهو في يد المالك بعد انشاء العقد وتمايمه بجميع أركانه وشروطه بنحو كان التلف في الفترة الواقعة بين ابرامه وتنفيذه ، فقد أجمع الفقهاء على انه يتلف من مال بائنه وهو وحده يتحمل الحساة وعليه ان يرد الثمن إلى المشتري إذا كان قد دفعه إليه ، وقد علل أكثر الفقهاء هذا الحكم بأن العقد ينفسخ قبل التلف ولو بلحظة ، فيعود المبيع إلى ملك البائع ويقع التلف في ملكه ، فيكون الحدث الطارئ موجباً لإتساع العقد وقد التزم الفقهاء بذلك للتوفيق بين الأصول المتبعة في الضمان وبين تضمين البائع في هذه المسألة ذلك لأن كونه تالفاً من مال البائع لا يتصور إلا برجوعه إلى ملكه ولو قبل التلف بجزء يسير من الزمان .

ومها كان الحال فتلف المبيع قبل قبضه إذا لم يكن بسبب من المشتري  
يترب عليه الغاء العقد واعتباره بمنزلة العدم كما هو اللازم من اتفاقهم على ان  
تلف البيع قبل قبضه من مال بائعه (١) .

٢- لو تلف المبيع في يد المشتري وكان له الخيار كما لو كان المبيع حيواناً  
او اطلع على عيب فيه بعد ابرام العقد واستلامه ، فو تلف المبيع في يده يكون  
تلفه من مال البائع وعليه ان يرد الثمن على المشتري ، وقد نص أكثر الفقهاء على  
ان العقد ينفسخ قبل التلف ويرجع المبيع الى ملك البائع ولو بزمان يسير، فيكون  
تالفاً في ملكه (٢) .

٣- لو اطلع المشتري على عيب في المبيع بعد استلامه كان له الخيار في فسخ  
العقد ، وكذا لو اطلع المستأجر على عيب في العين التي استأجرها بحيث تبين انها  
لا تصلح لإستغلال المنفعة المقصودة للمستأجر .

٤- لو تلفت العين المستأجرة بأفة مجاورة ونحوها قبل استلامها ، كما لو  
استأجر داراً ليسكنها فتهدمت او عرقاً فحرقته السيول ونحو ذلك ، تنفسخ  
الإجارة في مثل ذلك عند جميع الفقهاء ، ولعل السبب في ذلك ان عقود  
المعاوضات مفادها المبادلة بين المالكين وقيام كل منها مقام الآخر بمعنى ان كل

---

١ - وقد استفاد الفقهاء هذه القاعدة من قول النبي (ص) : كل مبيع تلف قبل قبضه  
فهو من مال بائه ، بالإضافة الى ما رواه عقيقتين خالد بن الإمام الصادق (ع) قال سألته  
عن رجل اشترى متاعاً من رجل وواجبه فيه انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه فسرقت المتاع  
من مال من يكون ، قال من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المال ، فإذا  
أخرج من بيته فالبائع فاسم لعقده حتى يرد اليه ماله .

٢ - وقد أخذ الفقهاء هذه القاعدة من النصوص الروية من الأئمة (ع) فقد جاء في  
رواية عبد الله بن سنان في الإمام (ع) : وإن كان بينهما شرط أياً ما ممدودة فهلك في يد  
المشتري فهو من مال بائه ، والمراد من الشرط هو الخيار الثابت للمشتري كما يظهر ذلك  
في جملة من النصوص .



منها يحتل مكان الآخر ، فإذا تلفت العين قبل استلامها ودخولها في يد المستأجر لم يعد بإمكانه أن يتسلط على منفعتها في مقابل العوض الذي دفعه للمالك ، فلا تحصل المبادلة المقصودة للمتعاقدين .

والظاهر ان الفقه المدني يلتقي مع الفقه الشيعي في هذه المسألة ، فقد جاء في مصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم : ان المبيع إذا هلك في يد البائع كان هلاكه عليه ، وفي عقد الاجارة إذا هلكت العين المؤجرة ، فالالتزام المستأجر بدفع الاجرة ينتقض ، أي ان المؤجر وحده هو الذي يتحمل تبعه الهلاك لأنه استحال عليه تنفيذ التزامه ليتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين ( ١ ) .

٥ - ولو استأجر انسان داراً او عقاراً في بلد لاستغلال منفعته ، ثم حدث خوف منه عن السكن في تلك البلد واضطره إلى الهجرة منها ، فقد نص في الجواهر بأنه غير بين فسخ العقد وإبقائه ، لقاعدة لا ضرر ولا ضرار ، لأن إزالته بالعقد والحالة هذه ضرر عليه ، ولم يستبعد انفساخ العقد في هذه الحالة .

ولو لم يكن الخوف عاماً بأن كان شخصياً بالنسبة لخصوص المستأجر ، فإذا لم يكن المالك قد اشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه ، فلا خيار له حينئذ ، لأنه يتمكن من استيفاء المنفعة بإيجار العين او استئجار من يستقلها لصالحه .

وإذا اشترط عليه استيفائها بنفسه ثبت له الخيار بين الفسخ والالتزام بالعقد ولو منعه الظالم من استيفاء المنفعة ثبت له الخيار في التخلص من العقد والرجوع على القاصب الظالم بعرض المنفعة .

٦ - ولو استأجر انسان شخصاً لإجراء عملية جراحية ثم ارتفع المرض الموجب

---

١ - انظر مصادر الالتزام ص ٣٧٧ .

لإجراء العملية ، أو استأجره ليقلع له ضرره فزال الألم عنه ، تنفس الإجارة في مثل ذلك .

٧ - لو مات المؤجر أو المستأجر ، فالشهور بين الفقهاء ان الإجارة تبطل بذلك ، وفصل جماعة بين موت المؤجر وموت المستأجر ، فقالوا بأنها لا تبطل إلا بموت المستأجر (١) .

ولو استأجر شخصاً ليعمل له عملاً في أثناء العمل أو قبله تبطل الإجارة أيضاً لفوات محلها .

ولو تلف بعض العين المستأجرة تبطل الإجارة بنسبة ما تلف من العين ، ويحدث للمستأجر الحياض بفسخ الإجارة بالنسبة لما بقي من العين المستأجرة ، وقال السيد كاظم في العروة الوثقى : التلف الساهي للعين المستأجرة أو لحمل العمل موجب لبطلان الإجارة ، ومنه أتلان الحيوانات ، وأتلان المستأجر بمنزلة القبض ، وأتلان المؤجر موجب للتخيير بين ضمانه والتدفع ، وأتلان الأجنبي موجب لضمانه ، والعذر العام بمنزلة التلف ، وأما العذر الخاص بالمستأجر ، كما لو استأجر دابة لركوبه بنفسه فمرض ولم يقدر على المسافرة ، أو استأجر رجلاً لقلع منه فزال ألمه أو نحو ذلك ففيه اشكال ، ولا يبعد أنه يوجب البطلان (٢) .

---

١ - واستدل الفقهاء بالبطلان بما رواه إبراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت الى ابي الحسن (ع) وسألته عن امرأة أجرت شقيقها سنتين على ان تعطى الاجرة في كل سنة عند انتهائها لا يقوم لها شيء ما لم يمضي الوقت فماتت قبل ثلاث سنين ، قال (ع) فان لم يبلغ الوقت وبلفت لنفسه او نصفه او شيئاً منه يعطى ورثتها بقدر ما بلفت من الوقت .

٢ - انظر الجواهر كتاب الإجارة والنظر المستمسك شرح العروة الوثقى ص ٢٤ وما بعدها في كتاب الإجارة وفيه من الجميع الفقهية فان كنتيجة يجد مجموعة من الامثلة لانفساخ الإجارة وثبوت الخيار لاحد الطرفين في بعضها .

وقد وضع الفقهاء معياراً مرناً للعذر المسوغ لبطلان الإجارة وثبوت الحق لأحد الطرفين في فسحها ، فقالوا ان كل عذر لا يمكن معه استيفاء المنفعة او العمل العقود عليه ، اما لموت أحد العاقدين ، او تلف المحل ، او لعذر استقلال منفعته ، هذا العذر يزول العقد ويقسح للمتعاقدين او لاحدهما المجال للتحلل من سيطرته وسلطانه .

ويبدو من فقه المذاهب الأربعة انهم متفقون على ان بعض الأعذار توجب بطلان الإجارة وبعضها الآخر وان لم يوجب البطلان إلا انه يحمل للطرف الآخر المتضرر الحق في فسخ العقد فيما لو أراد التخلص منه ، وقد حصر الاستاذ علي الحنيف أسباب انقاس الإجارة بالأمور الخمسة التالية :

الأول : وفاة المستأجر ، لأن الإجارة التزام بينه وبين المؤجر ولا موجب لإلزام ورثته بما لم يلتزموا به .

الثاني : وفاة المؤجر ، لأن العين تنتقل بوفاته إلى ورثته ، وعقد الإجارة يتجدد بتجدد المنفعة بمعنى انه ينحل إلى عقود متعددة ، وما يتجدد من المنافع ينتقل إلى الوراث تبعاً للعين ، فلا يكون عقد المورث نافذاً عليهم .

الثالث : هلاك العين المستأجرة ، كما لو استأجر انسان دابة معينة لينقل عليها متاعه او يسافر عليها ، فإذا هلك الدابة ينفسخ العقد لانعدام محله .

الرابع : ما لو غصب العين المستأجرة غاصب ، ولم يتمكن المستأجر من ارجاعها ، ورجع بعض الأحناف في هذه الحالة بقاء العقد وسقوط الإجارة عن المستأجر ما دامت العين في حيازة الغاصب ، ويثبت له الحق في فسخ العقد فيما لو أراد التخلص منه .

الخامس : لو حدث عذر يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة ، او يمنع المؤجر

## عن المضي على العقد (١) .

ونص السهوي في مصادر الحق على أن الفكرة التي يقوم عليها العذر في المذهب الحنفي ليست طرو الحادث واستحالة دفعه ، بل هي تحمل العاقد ضرراً لم يدخل في حسابه وقت الإيجار ، فإنه لا يجبر على المضي في العقد في هذه الحالة ، ويظهر من الأمثلة التي أوردها السهوي عن فقهاء الأحناف أنهم يتوسعون في العذر المسوغ لابطال العقد أكثر من المذاهب الفقهاء الأخرى ، وعد من الأعذار المسوغة لفسخ العقد ما لو أفلس المستأجر فانتقل من السوق أو سافر إلى بلد آخر ، أو انتقل من حرفة إلى أخرى ، لأن المفلس لا ينتفع بالحائوت فالتزامه بالعقد والحال هذه ضرر عليه ، وكذا لو انتقل إلى حرفة أخرى غير التي كانت يتعاطاها ولو لم يكن مفلساً ، ومن أمثلة ذلك ما لو استأجر رجلاً ليقصر له ثيابه أو ينجسها أو يدم له داره أو يقطع له ضرمه ونحو ذلك ثم بدا له أن لا يفعل شيئاً من ذلك فله أن يفسخ الإجارة ولا يجبر على المضي عليها إلى غير ذلك من الأمثلة التي أوردها السهوي عن فقهاء الأحناف للأعذار المسوغة لفسخ العقد (٢) .

والذي سهل على الأحناف هذه التوسعة أن عقد الإجارة يتعقد عديم على المنافع تدريجياً فكل منفعة تتجدد بتجدد الزمان لها حكم العقد الجديد ، لأن المنافع من حيث أنها توجد تدريجياً لا يملكها المستأجر دفعة واحدة كما يملك البائع والمشتري العوضين بمجرد انشاء العقد ، لذلك فإن كل عذر يحدث للمستأجر أو المؤجر بعد العقد يكون بالنسبة للمنفعة التي لم يستوفها المستأجر بمنزلة العيب الذي يحدث على الأعيان في عقد البيع وعلى المنافع في عقد الإجارة قبل القبض ،

---

١ - أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخليل ص ١٩٦ و ١٩٧ .

٢ - انظر ص ٩٩ و ١٠٠ و ١٠١ من مصادر الحق للسهوي الجزء ٦ عن البدائع جع ٢٩٧ ، ومتنصي هذه الأمثلة التي أوردها الأحناف لفسخ عقد الإجارة ، أن هذا النوع من العقود لا يشبه غيره من العقود اللازمة ، لأنه معرض للبطان لإسبب الأسباب ولو كان السبب هو تبدل إرادة المؤجر أو المستأجر ، وبذلك يكون أشبه بالعقد الجارية .

والعيوب التي تحدث على الأعيان أو المنافع قبل القبض تسوغ للمتعاقدين فسخ العقد كما هو المعروف عند جميع الفقهاء .

ومهما كان الحال فاللذاهب الفقهية الثلاثة الشوافع والمالكية والحنابلة إذا ما قارنا بين آرائهم في العذر المسوغ لإبطال عقد الإجارة أو فسخه وبين ما نقلناه عن الأصناف نجدهم لا يعتدون إلا بالأعذار التي توجب عدم التمكن من استغلال المنافع المعقود عليها في الإجارة سواء كان ذلك لحلل في العاقدين ، أو في المعقود عليه كما يظهر ذلك من المالكية ، أو في خصوص المعقود عليه كما نص على ذلك الشوافع والحنابلة ، وقد نص الشوافع على أن الحلل الحاصل من غير المعقود عليه لا يوجب الخيار بالغا ما بلغ ، وقد مثّلوا لذلك بما لو استأجر بغيراً للبحر عليه ، ثم حجز عن الخروج لمرض أو لعدم تيسر المال الكافي ونحو ذلك لا يفسخ العقد ، ولا يثبت له الخيار ، ولو استأجر حاملاً فتعذر عليه الوقود ، أو أرضاً للزراعة ولم يتمكن من استغلالها فليس له أن يفسخ في مثل ذلك لأن المعقود عليه صالح للانتفاع ، والعذر المتجدد بعد العقد لم يؤثر في المعقود عليه ولم يوجب نقضاً فيه ، ونص ابن قدامة الحنبلي في المغنى على أن العذر العام كالخوف إذا استولى على جميع من في البلد واضطرم إلى الهجرة عنها فإنه يوجب الخيار للمستأجر وإن لم يوجب خلاً ونقضاً في المعقود عليه ، أما إذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر مثلاً فلا خيار له (١) .

قال ابن قدامة في الجزء الخامس من المعنى : القسم الخامس أن يحدث خوف عام يمنع من سكن ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة ، أو تحاصر البلد فيمنع الخروج إلى الأرض لزراعتها ونحو ذلك مما يحدث بعد العقد ، فهذا يثبت به الخيار للمستأجر ، لأنه أمر غالب يمنع من استيفاء المنفعة .

وإذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر وحده فلا يملك الفسخ ، لأن هذا العذر لا

---

١ انظر مصادر الحق جزء ٦ ، ص ١٠٥ و ١٠٦ و ١٠٧ .

ينع من استيفاء المنفعة ولو بواسطة الغير ، وكذلك لو حبس المستأجر أو مرض أو ضاعت نفقته إلى غير ذلك من الظروف الطارئة على المستأجر أو المؤجر ، والتي لا تعداها (١) .

ومن مجموع ما ذكرناه تبين ان الفقه الاسلامي وبخاصة الجعفري منه لم يتنكر لهذه النظرية ، وقد أخذ بها في كثير من الحالات في عقدي البيع والاجارة من غير ان يتحدث عنها بعنوان خاص ، وذلك قبل ان تخطر القوانين المدنية خطوطها الواسعة بنات السنين ، تلك الخطوة التي وجدت فيها منفساً للتحلل من سلطان العقد وسيطرته .

أجل ان التشريع الاسلامي مع انه تشدد في احترام ارادة المتعاقدين وأكد عليها بتنفيذ ما أبرمناه والتزمنا به ، ومع ذلك فقد وجد من الضرورة الملحة مراعاة الظروف الاستثنائية التي تعترض المضي في تنفيذ الالتزام العقدي ، فوسع عليها في التخلص من العقد في مثل هذه الحالات .

\*

\* \*

---

١ - لقد ذكرنا رأي الجعفريين في هذه المسألة ، ومجمله ان العقد سواء كان عاماً أو خاصاً يعرض العقد للزوال ، وأحياناً يبطل العقد بمجرد طردو المالك كما في الإندثار العامة والحوادث السماوية التي توجب زوال محل العقد أحياناً .

## الفصل الرابع

### في موارد انحلال العقد

#### ٣٧

والمراد بانحلال العقد هو تسلط العاقدين أو أحدهما على فسخ العقد عند وجود الأسباب المسوقة لذلك ، بعد ان يتم العقد بجميع أركانه وشروطه وينتج الأثر المطلوب منه ، هذا النوع من الانحلال لما يتصور بالنسبة إلى العقود التي يجب على المتعاقدين الوفاء بها والالتزام بضمونها ، أما العقود الجائزة بذاتها فلا تدخل في موضوع البحث عن هذه المسألة ، وهذا التسلط الثابت للمتعاقدين على حل العقد بعد إبرامه هو المراد من الخيار المجهول للمتعاقدين عند وجود أسبابه .

وقد فسر بعضهم بأنه عبارة عن ملك فسخ العقد ، ويدخل فيه بناء على هذا التفسير فسخ العقود الجائزة ، وتسلط المالك على فسخ العقد الواقع على ماله فضولاً ، وتسلط المالك الوارث على ابطال العقد الواقع من المورث في مرض الموت بالنسبة إلى الزائد عن ثلث المال ، عند من يقول بأن تصرفات المريض لا تنفذ إلا في ثلث ماله ، وتسلط العمة والحالة على فسخ عقد الزواج الواقع على بنت الاخت والأخ ونحو ذلك من العقود التي يسوغ فسخها في بعض الحالات مع ان التسلط على الفسخ في هذه الموارد من الأحكام المجعولة للوارث وللمالك في عقد الفضولي والعمة والحالة بالنسبة لبنت الاخ والاخت ، لا من نوع الخيار ، ولذا لا

تنتقل بالارث ولا تسقط بالإسقاط كما هو الحال في الخيارات، وبذلك تبين أن هذا التعريف للخيار لا يمنع دخول ما ليس منه فيه .

وعرفه آخرون : بأنه ملك اقرار العقد وإزالته ، وهذا التعريف لا يختلف عن سابقه ولا يمنع من دخول ما ليس من الخيارات فيها .

ومها كل حال فالخيار عبارة عن إعطاء المتعاقدين أو أحدهما السلطة على حل العقد وإبطال مفعوله من حين صدوره واسترجاع كل من الطرفين العوض إلى ملكه ، مع العلم بأن العقد ينمقد لازماً ويستمر على ذلك حتى في ظرف ثبوت الخيار للمتعاقدين ، بل وحتى بالنسبة إلى الخيارات التي تولد مع العقد كما في خياري المجلس والحيوان ، ذلك لأن الخيار مفاده إعطاء المتعاقدين أو أحدهما السلطة على حل العقد في حالات معينة أرفاقاً للمتعاقدين أو لدفع الضرر اللاحق بأحدهما كما في خياري العيب والغبن أو لغير ذلك من الحالات ، ولا يترزع العقد إلا إذا نفذ صاحب الخيار الحق المعمول له ، ولو كان مرجع الخيار إلى أن العقد يصبح جائزاً لكان الخيار حكماً شرعياً كجواز الرجوع في الهبة وفي العارية والوديعة ونحو ذلك من العقود الخائضة .

ومها كان الحال فقد نص الفقهاء على أن الأصل في العقد لزوم بمعنى أن العرف والشرع لا يميزان للعاقدين التراجع عن العقد واسترجاع العوضين ، ومن الجائز أن يكون المراد بهذا الأصل هو الاستصحاب الرجوع إلى استصحاب بقاء الآثار الثابتة للعقد حتى ولو تراجع أحد المتعاقدين عن العقد وقنع عن تنفيذ التزاماته مع الطرف الآخر ، كما يمكن أن يكون مرادهم بهذا الأصل القاعدة العامة المستفادة من النصوص القرآنية ومن السنة (١) .

---

١ - وهي أوفوا بالعقود ، وأحسل الله البيع ، ولا تأكلوا أموالكم ببتكم بالباطل إلا أن تكون تجارة من تراضي منكم ، وقوله (ص) الناس مسلطون على أموالهم ، وامشبال ذلك من الآيات والإحاديث التي استدلت بها جماعة على لزوم العقود وعدم صحة التراجع فيها .



ومع ان كل واحدة من تلك الآيات التي استدلت بها جماعة من الفقهاء على لزوم العقد ، لا تكفي بذاتها لهذه الغاية ، إلا ان الآيات والنصوص بمجموعها تدلّات على ان المتعاقدين ليس لهما ان يترجعا عن المعاملة ، وان تراجعها يتنافى مع العمومات ومع الأغراض التي شرعت تلك العقود لاجلها .

ولا نريد ان نستقصي جميع الشبه والاحتمالات والنقوض التي أوردتها الفقهاء على الاستدلال بهذه الآيات على لزوم العقود ، لا نريد ذلك لاني قد أكدت أكثر من مرة بأنني لم أقصد من هذا الكتاب إحصاء جميع الآراء الفقهية وما يرافقها من أخذ ورد بما هو مدون في مجاميع الفقه الشيعي ، ولنا الذي يحني هو التعريف بفقه الشيعة ومناهجهم الفقهية ، واحسب اني بهذا الأسلوب من البيان وبهذا المقدار من العرض لاصول المسائل الفقهية وأشهر الآراء فيها قد هيأت للقراء وبخاصة العلماء منهم الوقوف على ناحية من نواحي التفكير الشيعي الواسع ، وحصلت على الغاية التي أحاولها من هذه الابحاث .

وبجمل القول ان الخيارات سواء كان مصدرها المتعاقدين أم المشرع ، قد أنماها بعض الفقهاء إلى أربعة عشر خياراً كما جاء في اللمعة للشهيد الاول ، وانماها آخرون من الفقهاء إلى أقل من ذلك ، وعدوا منها خيار المجلس ، وهو من الخيارات المتفق على ثبوتها للمتعاقدين عند فقهاء الإمامية .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب : ولا خلاف بين الإمامية في ثبوت هذا الخيار للمتعاقدين ، والنصوص به مستفيضة ، ولا فرق بين أقسام البيع وأنواع المبيع (١) .

ويبدو من تشريع هذا الخيار للمتعاقدين في مجلس العقد ، بأنه قد فسخ لهما

---

١ - ومن جملة النصوص ما جاء من النبي (ص) وعن الائمة (ع) : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإذا افترقا وجب البيع .

الجهل لتزوي والتراجع عن العقد فيما لو رأى أحدهما أن المضي على العقد ليس من مصلحته ما دام في المجلس الذي أوقعا به العقد مها طال مجلسها ، فإذا تفرقا وانصرف كل منهما لشأنه فكل مراجعة منها بعد ذلك لا تجديها نفعا ، ونتيجة اعطاء المتعاقدين التسلط على فسخ العقد أنها ما دام في المجلس لم تتقطع صلة كل منها عن المال الذي دفعه للآخر عرضاً عن ماله ، وبالتالي لا يكون العقد مبرماً وملزماً لكل منهما إلا بعد انقضاء المجلس بتفرقها عنه ، وكما ذكرنا أن جعل الخيار للمتعاقدين في هذه المرحلة لا يعني أن العقد الواقع بينها انعقد جائزاً من تاريخ انشائه ، ذلك لأن أدلة الوفاء بالعقود باطلاقها الأحوالي ، وبعمومها الأفرادي تدل على لزوم العقد في جميع الحالات منذ اللحظة الأولى التي تم فيها الإيجاب من البائع والقبول من المشتري على الوجه الشرعي ، ولزوم ذلك استمرار اللزوم ، بمعنى أن العموم الأفرادي المستفاد من قوله سبحانه : أوفوا بالعقود يستتبع العموم الأزمني بنحو يستمر اللزوم في جميع الأزمنة والأحوال فيكون الخيار المجهول للمتعاقدين في هذه المرحلة من مراحل وجود العقد مخصصاً لتلك العمومات ، ومعنى ذلك أن لكل منها السلطنة على إلغاء العقد وإبقائه .

وعلى كل حال فالقدر المتيقن من أدلة هذا الخيار هو ثبوته للعاقدين المالكين ما دام في مجلس العقد ، فلو كانا وكيلين في إجراء العقد ، فقد نص العلامة في التذكرة على أنه لو تعاقد الوكيلان ، فإن كان بحضور الموكلين ثبت لكل منهما الخيار ، وإن لم يحضرا الموكلان مجلس العقد اختص به الوكيلان ، فلو مات الوكيل في المجلس والموكل غائب عنه انتقل إليه الخيار .

والرأي الشائع بين الفقهاء أن الوكيلين إن كانا وكيلين في إنشاء صيغة العقد لا غير فلا خيار لهما ، لأن الوكيل في إنشاء الصيغة أشبه بالآلة التي لا يسند الفعل إليها ، وليس من مصاديق قوله (ص) : البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، ولا يبعد في مثل ذلك ثبوته للوكيلين إذا كانا في مجلس العقد لأنها البائعان حقيقة ، على أن أدلة الخيار مفادها اعطاء كل من العاقدين السلطنة على استرجاع العوض الذي

انتقل عنه إلى الطرف الآخر وليس للوكيل في انشاء صيغة العقد هذه الصلاحية .

ولو تعددت وكالته انشاء صيغة العقد ، كما لو كان وكيلًا بالإضافة إلى ذلك في التصرف بالمال كما هو الحال في أكثر الوكلاء ، وأولياء القاصرين ونحوهما بنحو يكون وكيلًا مطلقاً في التصرف حسب إرادته متفقاً مع مصلحة الموكل ، فلا اشكال بثبوت الخيار له في هذه الحالة ، لأن وكالته عن المالك تسع لمثل هذه التصرفات ونحوهما كما هو المفروض .

ولو اجتمع معه الموكل في مجلس العقد ، فلكل منها ان يستعمل هذا الحق لأن الخيار حق لصاحب المال ، ولما جاز للوكيل ان يباشر التصرف فيه بصفته نائباً عنه ، فإذا استعمله بنفسه لا يبقى محل لقيام غيره به ، ولا خصوصية للعاقدين من حيث هما عاقدان ، وحينئذ يستمر الخيار للموكلين ما دام في مجلس العقد .

وان لم يكونا في مجلس العقد ، كما لو كانا في مجلس آخر حينما أجراه الوكيلان فلو لم تخط وكالتهما اجراء العقد بالثمن الذي يراه الوكيل مناسباً فلا خيار في مثل هذه المعاملة للوكيلين ولا للموكلين ، اما بالنسبة إلى الوكيلين ، فلأن الوكيل في الانشاء بمنزلة الآلة ، ونسبة البيع اليه لا تصح إلا تجوزاً ، ولازم ذلك عدم الاعتماد بتفريقها واجتماعها .

واما الموكلين فلا خيار لهما ايضاً لعدم حضورهما مجلس العقد ، إذ لا بد في هذا الخيار من اجتماع من لهما الخيار في المحل الذي انشأ فيه العقد كما تشير إلى ذلك النصوص التي أثبتت هذا الخيار ، ولا يكفي اجتماعهما في مجلس العقد مسح الوكيلين بعد انشاء العقد ، كما يشير إلى ذلك قول الرسول (ص) : (البيعات بالخيار ما لم يفترقا ، فإن المقصود من الحديث ان الخيار يستمر لهما من حين العقد إلى ان يفترقا ، والمفروض ان الموكلين المالكين لم ينشأ العقد ولم يجتمعا

مع الموكلين حين انشائه (١) .

وبما ذكرنا تبين ان خيار المجلس لا يثبت للفضولين ، كما لو كان البائع والمشتري فضولين ، وذلك فانها وان كانت بائعين بمعنى صدور الايجاب والقبول منها فضولا عن المالكين ، إلا انها ممنوعة عن التصرف بأي نحو من أغشاء التصرفات ، ولا يصدق عليها البيعان إلا بنحو التجوز ، هذا بالإضافة إلى ما ذكرناه من ان الخيار سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل منه إلى الطرف الآخر ، بعد الفراغ من تسلطه على ما انتقل اليه والفضوليان لا يملكان هذه السلطنة ، ومن الجائز القريب ثبوت الخيار للمالكين إذا كانت في مجلس العقد وأجازا تصرفات الفضولين ، لأن العقد بعد صدور الاجازة منها تصح نسبته اليهما ، ومن الممكن الاكتفاء بالنسبة إلى المالكين بمجلس الاجازة لأنها جزء السبب الملك ، وان لم يحضرا مجلس العقد ، لا سيما إذا بنينا على ان التملك يحصل من حينها ، ويتأكد هذا الرأي عند القائلين بأنها عقد قائم بذاته كما رجح ذلك بعض الفقهاء وقد أشرفنا إلى ذلك خلال حديثنا عن الفضولي (٢) ، ولكن الذي يمنع من الأخذ بهذا الرأي ، ان النصوص المشرفة لهذا الخيار يستفاد منها ثبوته لبيعين المجتمعين حين العقد ، وليس فيها ما يشير إلى الاكتفاء باجتماع المالكين ولو في غير مجلس العقد ، ومع الشك في ان ثبوته للمالكين المجتمعين حين الاجازة ، يتعين الرجوع إلى إصالة اللزوم في العقود وإلى عمومات وجوب الوفاء

---

١ - انظر المكاسب بحث خيار المجلس ، ومنية الطالب للفتونساري الجزء الثاني

ص ١٥ و ١٦ .

٢ - وقد احتمل بعض الفقهاء عدم الخيار للمالك بعد الاجازة ، ذلك لان ملاك الاجازة هو الالتزام بالعقد والقرارد ، وتجاهة اذا صدرت بلفظ اجرت البيع ، ومع الالتزام بالعقد لا يبقى مجال للخيار ، ولكن الذي يبعد هذا الاحتمال ، ان الاجازة لا تلغى اثر مسن الرضا بالعقد الواقع من الفضولي ، وبها يؤثر العقد في التملك ، والخيار الحصول للمتعاقدين لا يقتضى مع الاجازة بهذا المعنى .

وبما يتفرع على هذا الخيار ، ما لو كان المتولي للعقد واحداً ، بأن كان وكيلًا عن البائع والمشتري ، أو كان وكيلًا عن غيره وأصيلًا بالنسبة لنفسه ، وفي هذه الحالة رجح جماعة من الفقهاء ومنهم الشيخ الانصاري في مكاسبه سقوط الخيار ، بحجة أن النصوص التي دلت على ثبوت هذا الخيار وعلى سقوطه بالتفرق يظهر منها ثبوته للمتعاقدين الممكن في حكمها التفرق عن مجلس العقد ، ولا يمكن ذلك إلا بتعددهما ، والنتيجة الحتمية لاعتبار التفرق الأمد الأخير الذي ينتهي به الخيار ، هي ثبوت الخيار للتبايعين الذين يمكن الاقتراق بالنسبة إليهما ، وإذا كان المتولى لإنشاء العقد إيجاباً وقبولاً واحداً لا يتحقق التفرق الذي اعتبره الشارع مسقطاً لهذا الخيار ، فينتفي الخيار في هذه الحالة بعدم وجود موضوعه لأن الشارع جعله للتبايعين ما داموا مجتمعين ولم يتفرقا ، ولا يصدق هذا الموضوع لو كان الماقد واحداً ، ولا بد وان يلتزم أنصار هذا الرأي بعدم ثبوت الخيار أيضاً فيما لو تعدد المتبايعان ، بأن كان أحدهما وكيلًا في البيع والآخر وكيلًا في الشراء ، ومات أحد الوكيلين في المجلس ، لأنه بعد تعييد محل الخيار بهذا القيد يختص هذا الخيار بالهل الذي يمكن فيه اقتراق المتبايعين كما ذكرنا .

ومما كان الحال فالظاهر أن خيار المجلس يختص بالبيع من بين سائر العقود ، أما العقود الجائزة فلا مورد للخيار فيها ، لأن الخيار محمول للمتعاقدين لفرض التسلط على حل العقد واسترجاع كل من العوضين وفي العقود الجائزة لم تنقطع الصلة بين المالك وملكوه .

وأما العقود اللازمة كالصلح والإجارة والرهن والقرض وغير ذلك من العقود

التي تلزم بالعقد أو بغيره ، هذه العقود لا يدخلها خيار المجلس ايضاً ، لأن أدلة هذا الخيار قد نصت على ثبوته للتابعين ، وليس فيها ما يشير إلى ثبوته في غير البيع من العقود ، ويبدو من النصوص الفقهية ان الفقهاء مجمعون على اختصاص هذا الخيار بعقد البيع من حين العقد ويستمر إلى أن يتفرقا عن المجلس الذي تعاقدوا فيه ، هذا كله بالنسبة إلى بيع غير الصرف والسلم ، أما بالنسبة إليهما (١) فقد نص أكثر الفقهاء على ثبوت هذا الخيار فيهما ، لأن أدلته تشمل باطلاقها جميع أنواع البيع وأصنافه ، ولا بد مع ذلك لمن يقول بثبوت خيار المجلس للمتعاقدين في هذين النوعين من البيع أن يلتزم بوجود التقايض في مجلس العقد بالنسبة إلى بيع التقدين بينهما اما لكون العقد ملكاً ، فيكون وجوب التقايض من حيث ان كلا منهما قد ملك العوض ، وأما لكونه غير ملك بدون التقايض ، فيكون وجوبه تكليفياً ، وعلى كلا التقديرين ففائدة الخيار جواز فسخ العقد ، فلا يبقى محل لوجوب التقايض ، وعند من يلتزم بعدم وجوب التقايض في مجلس العقد وجواز تأخيريه إلى أن يتفرقا فلا مجال لدخول الخيار حينئذ لأن العقد يبطل بالتفرق بدون القبض وقبله لا يكون ملكاً حيث ان سلطنة كل من المتعاقدين على ماله لا تزال كما كانت قبل العقد ، فلا فائدة من الخيار بناء على ذلك ، قال الشيخ مرتضى الأنصاري في المكاسب : أما لو قلنا بعدم وجوب التقايض وجواز تركه إلى التفرق المبطل للعقد ففي أثر الخيار خفاء ، لأن المفروض بقضاء سلطنة كل من المتعاقدين على ملكه وعدم حق لأحدهما في مال الآخر (٢) .

---

١ - والمراد من بيع الصرف هو بيع التقدين الذهب والفضة بمثلتهما والمراد من السلم بيع مال في القصة بشئ معجل ، كان يبيع مقداراً معيناً من العملة يستلمها المشتري بعد مدة معينة بشئ يدفعه نقداً .

٢ - وقال الفونساري في منية الطالب : وعلى أي الأحوال لا وجه لتعلق الخيار بالعقد قبل القبض ، لأن الخيار يتعلق بالعقد الدين لولاء لكان العقد لازماً ، فإذا لم يكن كذلك فلا معنى لتعلق الخيار به .

هذا كله بالنسبة إلى الخيار قبل القبض ، أما بعد القبض فلا أشكال بشوته  
لأن العقد يتم ويلزم بقبض العوضين ، فتكون فائدة الخيار هي تسلط العاقدين على  
حل العقد واسترجاع العوضين .

ومما كان الحال فخييار المجلس بعد ان كان حقاً من حقوق المتعاقدين الثابتة  
لها فهو كسائر حقوقها المكتسبة التي يعود اليها أمر التصرف فيها ، فلو اشترط  
المتعاقدان في العقد اسقاطه يلزمها الشرط ويسقط الخيار المذكور كما يدل على  
ذلك قول الرسول (ص) : المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم  
حلالاً ، وهذا بالإضافة إلى غيره من النصوص الأخرى التي تؤكد وجوب الوفاء  
بالشرط ، ولا يتنافى ذلك مع أدلة الخيار ، لأن تلك الأدلة مقادها جعل الخيار  
للمتعاقدين بعد اتمام العقد فتكون أدلة الشروط حاكمة على أدلة الخيار ومفسرة  
للمراد منها . ونتيجة ذلك ان هذا الخيار إنما يثبت للمتعاقدين إذا لم يشترط  
سقوطه ، كما وان هذا الشرط لا يخالف مقتضى العقد كما ادعى ذلك بعض الفقهاء ،  
لأن خيار المجلس ليس من مقتضيات عقد البيع ، ولا هو جزء من معناه ، وإنما  
يثبت للمتعاقدين بالأدلة الخاصة الخارجة عن العقود وأدلتها ، ويظهر من النصوص  
الفقهية ان اشتراط سقوط هذا الخيار إنما يوجب سقوطه إذا كان الشرط قيداً في  
العقد ، فلو اتفقا عليه قبل العقد فلا تشمله أدلة الشروط ، لأن الشرط المستقل عن  
العقد أشبه بالوعد أو التبرع ، وهذا النوع من الاتفاق لا يسمى شرطاً كما نص على  
ذلك اللغويون ، لأن الشرط على حد تعبير الفقهاء هو الإلزام والالتزام المرتبط  
بغيره ، ومع الشك والتردد في صدق الشرط على الاتفاقات الابتدائية ، لا يمكن  
الاعتدال على أدلة الشروط لإثبات وجوب الوفاء به ، لعدم احراز كونه مصداقاً  
لشرط .

وكما يسقط هذا الخيار فيما لو اشترط المتعاقدان سقوطه في العقد يسقط أيضاً

فيا لو أسقطاه بعد العقد ، وهذا النوع من الإسقاط هو المتيقن من موارد سقوط هذا الخيار عند جميع الفقهاء ، ذلك لأن الخيار من الحقوق الثابتة للمتعاقدين ، ومن أبرز خصائص الحقوق أنها تسقط بالإسقاط كما ذكرنا في المباحث الأولى من هذا الكتاب .

ويسقط أيضاً بتفرق المتعاقدين عن مجلس العقد ، كما نص على ذلك قول (ص) : فإذا افترقا وجب البيع ، ولا بد وان يكون الافتراق المسقط للخيار بإرادتهما واختيارهما ، كما يستفاد من قوله (ع) : فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا .

ومن ذلك بين أنهما لو أكرها على التفرق أو اضطررا إليه لا يسقط هذا الخيار ، ويؤيد ذلك قوله (ع) في حديث الرفع : رفع ما أكرها عليه وما اضطرروا إليه ، ومن المعلوم أن المراد من رفع الإكراه والاضطرار هو رفع الآثار الثابتة لتلك الأفعال عن طريق الشارع ، هذه الأفعال لو أوجدها المكروه مثلاً بدافع التخلص من ضرر المكروه لا يترتب عليها الآثار الثابتة لهما ، وحيث أن الشارع قد اعتبر تفرق المتعاقدين عن مجلس العقد كشفاً عن رضاهما ورغبتها الأكيدة في المضي على العقد ، أسقط حقها من الخيار بعد انصرافها عن المجلس الذي أوقما به المعاملة ، فإذا أكرها على الانصراف منه أو اضطررا لذلك لا يترتب الأثر الشرعي الذي جمعه الشارع في هذه الحالة ، ولازم ذلك بقاء الخيار ولا سيما لو منعها المكروه من استعمال الحق الثابت لهما وهما في مجلس العقد ، ذلك لأن تفرقها والحال هذه لا يكشف عن رغبتها ورضاهما بتلك المعاملة ، وقد جاء في بعض النصوص ما يشير إلى أن التفرق إنما كان الحد الأقصى لهذا الخيار من حيث كونه كشفاً عن الرضا بالعقد .

هذا كله فإلو أكره الطرفان على التفرق ، ولو أكره أحدهما دون الآخر ، كما لو أخرج أحدهما وبقي الآخر في مجلس العقد مختاراً ، فقد رجح جماعة من الفقهاء سقوط خيارهما معاً . وذهب آخرون إلى سقوطه بالنسبة لمن بقي في



المجلس وبقائه للكره الخارج عنه ، واختار فريق ثالث من الفقهاء بقاءه لها معاً (١) .

وجاء في بعض النصوص ما يشير إلى أنه لو خرج الطرف الذي لم يتوجه له الاكراه من مجلس العقد يسقط خيارهما معاً . فقد جاء في بعض الروايات عن الإمام (ع) أنه قال : فلما قبايعنا تمت فحشيت خطأ ليبب البيع ، وهي بظاهرها تدل على بقاء الطرف الثاني في المحل الذي وقع به البيع ، فيكون الافتراق من جانب واحد كافياً في سقوط هذا الخيار بحقهما معاً ، على أن جميع النصوص التي تعرضت لهذا الخيار قد اعتبرت التفرق هو الحد الأقصى لبقائه ، والتفرق كما يحصل بخروجها معاً من مجلس العقد يحصل أيضاً بخروج أحدهما وبقاء الآخر .

ومهما كان الحال فخييار المجلس مع أن النصوص التي تعرضت له رواها السنة والشيعه عن النبي (ص) ومع ذلك فالمذاهب الأربعة لم تتفق على ثبوته للمتعاقدين ، فقد أثبتة لها الشوافع والحنابلة اعتماداً على النصوص التي أشرنا إليها ، وجاء في رواية البخاري بالإضافة إلى ذلك أنه (ص) قال : لا يبيع الخيار يقول أحدهما للآخر اختر ، وقد أثبتة الحنابلة والشوافع في البيع والصلح والاجارة والقسمه إذا كانت من نوع البيع ، وأنكره الاحناف والمالكية مع اعترافها بصحة الحديث الذي اعتمدت عليه بقية المذاهب .

---

١ - وهذا الرأي اقرب للاعتبار من سابقه ، ذلك لأن الطرف الذي تعرض للاكراه لا يسقط خياره من حيث أن خروجه لا يكشف عن رغبته في بقاء العقد ، والطرف الآخر لا يزال باقياً في المجلس ، والافتراق المقتض هو الكشف عن رغبتهما معاً في الالتزام بالعقد ورضاهما فيه ، كما تشير إليه رواية الفضيل بن يسار عن الإمام الصادق (ع) وقد جاء فيها : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، فلذا افتراقاً فلا خيار لهما بعد الرضا متهما ، وبناء على ذلك لو انصرف الطرف الذي لم يتعرض للاكراه من مجلس العقد باختياره لا يسقط خياره ، لأن السقوط هو التفرق الكشف عن رضا الطرفين ، انظر منية الطالب للكونساري ص ٢١ من مباحث الخيارات .

قال في بداية المجتهد ونهاية المقتصد : وهذا حديث اسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها حتى لقد زعم أبو محمد ان مثل هذا الحديث يوجب العلم وان كان من طريق الآحاد ، ولكنها لبعض الاستحسانات بنوا على أصالة اللزوم في العقود والتزموا بتأويله .

وأجاب عنه القرافي في الفروق بمشرة أجوبة ، ومن بينها ان المراد من المتبايعين الذين لها الخيار ما داموا متشاغلين في البيع ، أي قبل تمام العقد ، والمراد من اقترافها الذي ينتهي به الخيار هو انتهائها من العقد ، وبعد ان أورد في الفروق الأوجه العشرة التي اعتمد عليها النافون لهذا الخيار ، استدلل بالحديث نفسه على عدم الخيار للمتعاقدين في مجلس العقد بما ملخصه : ان القائلين بهذا الخيار إنما أثبتوه للتبايعين من حيث هما متبايعان ، وتعليق الحكم على الوصف يقتضي ان يكون الوصف علة للحكم ، كما وان انعدام العلة علة لعدم الحكم ، وذلك نظير الاسكار الذي جعله الشارع علة لحزمة الحر ، فعدمه علة لعدم الحرمة . وقد نص الحديث على ثبوت الخيار للتبايعين ، وهذا العنوان لا يصدق حقيقة عليها إلا في حال تبسهما في البيع ، فإذا تم الإيجاب والقبول لا يصدق عليهما هذا الوصف إلا بنحو التجور ، وإذا كان هذا الوصف بمنه الحقيقي علة لثبوت الخيار فبعد تمام البيع لا يبقى للطرفين هذا الوصف فتنتفي علة الخيار ، وبانتفاء العلة ينتفي المعلول ، فيكون الحديث من الأدلة على عدمه كما يدعي القرافي في الفردق ( ١ ) .

وبجمل القول ان الاحناف والمالكية متفقون على عدم ثبوته للمتعاقدين ما داموا في مجلس العقد ، ولكن الاحناف قد أثبتوه لما إذا اشتراطاه في أثناء العقد ، والمالكية أبطلوا العقد والشرط معاً فيما إذا اشتراطاه ( ٢ ) .

١ - انظر الجزء الثالث حتى الفروق للقرافي ص ٢٧٢ وما بعدها وانظر بداية المجتهد لابن رشد الجزء الثاني ص ١٧٠ والفتاوى على المذهب الأربعة المجلد الثاني ص ١٧٢ و ١٧٣ .

٢ - المصادر السابقة .

## خيار الحيوان

٣٨

الثاني من الخيارات خيار الحيوان ، وهو من الخيارات المتفق عليها بين فقهاء الإمامية ، ونص أكثرهم على أن هذا الخيار للمشتري وأنه وحده مسلط على حل العقد في الأيام الثلاثة الأولى من تاريخ صدور العقد ، وجاء في جملة من النصوص ما يؤكد بأنه من مختصات المشتري .

فقد روى الفضيل بن يسار عن الإمام جعفر بن محمد (ع) قال قلت له : ما الشرط في الحيوان ، قال : ثلاثة أيام للمشتري ، قلت : ما الشرط في غيره ؟ قال : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا .

وجاء في رواية بن وثاب عنه (ع) قال : سألت أبا عبد الله الصادق (ع) عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لكليهما ؟ قال (ع) : الخيار لمن اشترى نظرة ثلاثة أيام ، فإذا مضت الثلاثة أيام فقد وجب الشراء . إلى غير ذلك من النصوص التي تعرضت لحكم المشتري في مورد السؤال عن ثبوته لأحما ، وعلى هذه النصوص قد اعتمد الفقهاء في حكمهم بأن هذا الخيار من مختصات المشتري لا غير ، وقد أثبت بعض الفقهاء لهما ممأ ، كما أثبت جماعة لمن انتقل إليه الحيوان سواء كان بائعاً أو مشترياً اعتماداً على النصوص التي تشير إلى ذلك (١) .

---

١ - وقد روى محمد بن مسلم عن الصادق في جواب سألته عن هذا الخيار وأنه قال وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام ، وعلى هذه الرواية اعتمد انصار القول الآخر .

ولا يتنافى هذا الخيار مع خيار المجلس الثابت للمتعاقدين ماداماً في مجلس العقد ، فواستمر المتعاقدان في مجلس العقد ثلاثة أيام أو أكثر ينتهي خيار الحيوان ، ويبقى لهما حق الاختيار إلى أن يتفرقا ، كما وإنه لو تفرقا بعد العقد مباشرة أو قبل مضي الثلاثة يسقط خيار المجلس ويبقى لهما حق المسخ إلى أن تنتهي الأيام الثلاثة .

وذهب جماعة من الفقهاء إلى أن مبدأ خيار الحيوان بعد تفرق المتعاقدين ، أي أنه يحدث حيث ينتهي خيار المجلس ، واحتجوا لذلك بأن الخيار إنما شرع لأحداث السلطنة للمتعاقدين على حل العقد ، وهذا الحق ثابت لكل من الطرفين ما دام في المجلس الذي أنشأ فيه العقد ، ومع الشك والتردد في زمان حدوثه فقتضى الإستصحاب عدم حدوثه قبل تفرق المتعاقدين عن مجلس العقد ، هذا بالإضافة إلى أنه لو قلنا بحدوث هذا الخيار من حين العقد يلزم اجتماع سببين على سبب واحد ، أي يلزم أن يكون للشئ مثل خيارين كل واحد منهما يبيح له حل العقد وتعدد الأسباب يستتبع تعدد المسببات بحكم العقل ، ذلك لأن الأسباب المتعددة إذا تقدم أحدها في الوجود كان هو المؤثر وحده فلا يكون الثاني سبباً ، وأن تقارنت الأسباب ، كان كل واحد منها جزء السبب ، ومن مجموعها يتكون السبب المؤثر (١) .

---

١ - ولكن الإنصاف أن هذه النقوض الثلاثة لا تصلح لاثبات الشيء ، ذلك لأن أصالة عدم حدوثه قبل تفرق المتعاقدين لا يثبت حدوثه بعد تفرقهما إلا بالضرورة ، وهذا النوع من الاستصحاب لا يجوز الاعتماد عليه ، كما ثبت ذلك في أصول الفقه الجعفري ، وفي خصوص اجتماع السببين على سبب واحد ، فالعقل إنما يمنع من ذلك في الأسباب التكوينية ، أما الأسباب الشرعية فهي أشبه بالإعلامات والعرفات وعندما تعدد يستند التأثير إلى الجميع باعتبارها سبباً واحداً ، على أن تعدد الخيار في المقام ليس مديماً الفائدة كما يدعي أنصار هذا الرأي ، ذلك لأنه إذا استمر المجلس إلى ما بعد الثلاثة يسقط خيار الحيوان ويبقى خيار المجلس ، وبالعكس فيما لو تفرق المتعاقدان بعد العقد مباشرة واسقطا خيارهما .

ويبدو من أدلة هذا الخيار ومن نصوص الفقهاء ان هذا الخيار يسقط فيما لو اشترط المتعاقدان سقوطه في اثناء العقد وفيما لو أسقطاه بعد العقد ، كما يسقط فيما لو تصرف المشتري بالحيوان تصرفاً يكشف عن التزامه ورضاه ببقاء العقد ودوامه ، ينحو يكون التصرف من شؤون سلطنة المالك على ملكه ، وقد اعتمد الفقهاء في هذا الحكم على النصوص الكثيرة التي تعرضت لحال الخيار في مثل هذه الحالات ، ومن هذه النصوص ما رواه محمد بن الحسن المعروف بالصغار عن أبي محمد الحسن العسكري (ع) : قال كتبت اليه أسأله عن رجل اشترى دابة فأحدث فيها حدثاً ، او ركب ظهرها فراسخ ، أله ان يردها في الثلاثة أيام التي له فيها الخيار بعد ان أحدث فيها او ركب ظهرها ؟ فوقع (ع) فإذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب البيع ان شاء الله .

ومع هذا النص وغيره من النصوص التي تعرضت لهذه المسألة صريحة في ان تصرف المشتري في المبيع مسقط لحيازه ولم تشترط فيه ان يكون كاشفاً عن التزام المتعاقدين في العقد ، ومع ذلك لم يكتف الفقهاء بطلاق التصرف ، بل اعتبروا فيه ان يكون كاشفاً عن رغبة المشتري في الالتزام بالعقد وتنفيذه ، ولعل الوجه في ذلك ، ان الاطلاق الموجود في الروايات منزل على الغالب ، حيث ان المشتري إذا كان متردداً في المضي على العقد لا يتصرف فيه غالباً بالتصرفات التي لا تصح إلا من المالكين ، فإذا تصرف بمثل هذا النوع من التصرفات لا بد وان يكون ملتزماً بالعقد ، ومن أجل ذلك أضاف الفقهاء هذا القيد إلى التصرف .

\*

\* \*

## الخيار الثابت بالشرط

٣٩

من الخيارات الثابتة لأحد المتعاقدين أو لكليهما ما لو اشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما الخيار لنفسه مدة من الزمن محددة في بدايتها ونهايتها، وقد أجمع الفقهاء على صحة هذا الشرط ووجوب الالتزام به ، ولا يبعد أن يكون اتفاق الفقهاء على لزوم هذا الشرط وترتيب الآثار عليه مستمداً من النصوص العامة التي أكدت وجوب الالتزام بكل شرط إذا لم يخالف الكتاب ولم يستلزم تحريم الحلال وتحليل الحرام .

ثم انه لا فرق بين أن يكون زمان هذا الخيار متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه ، كما لو تعاقدا واشترطا أن يكون لكل واحد منهما الخيار في حل العقد بعد شهر أو أكثر من تاريخ إبرامه .

قال العلامة الحلي في التذكرة : لو شرط الخيار في العقد ، صح عندنا خلافاً للشافعي ، ولا بد من تعيين مدة الخيار ، فلو تراضيا على مدة مجهولة كقدوم الحاج مثلاً أو حصاد القمح بطل الشرط للجهالة المؤدية للقرر .

وكما يفسد الشرط فيما لو كانت المدة مجهولة يفسد أيضاً فيما لو قال بعثك الدار بشرط أن يكون لي الخيار ، ولم يذكر المدة ، لتساويها في الجهالة المؤدية إلى القرر .

وقد رجع جماعة من الفقهاء صحة الشرط في هذه الصورة ويتعين بثلاثة أيام ،  
وادعى بعض الفقهاء الاجماع على ذلك ، ونص الشيخ الطوسي في كتابه الخلاف :  
ان تعيين المدة بثلاثة أيام مستفاد من النصوص المروية عن الائمة (ع) ، وبذلك  
يرتفع الغرر بسبب التعديد الشرعي لمدة الخيار ، وان لم يتعرض له المتعاقدان .

وجاء في المكاسب ، وحاشيتها للسيد اليزدي وغيرهما : ما يؤكد عدم وجود  
اخبار في هذه المسألة بخصوصها ، وان الاخبار التي ادعاها الشيخ الطوسي قد  
وردت في خيار الحيوان ، ومنها قد استنتج حكمه في هذه المسألة . وجاء فيها  
ان الامام (ع) قال : الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط او لم يشترط ،  
وقد فهم منها ان الشرط في غيره ثلاثة أيام إذا اشترط الخيار وإن لم يعين المدة (١)  
ونظراً لعدم وجود نص في هذه المسألة بخصوصها وعدم كفاية النص الذي  
اعتمده الشيخ الطوسي لإثبات صحة الشرط وتعيين المدة بثلاثة أيام ، نظراً لذلك  
فان جماعة من الفقهاء لم يترددوا في بطلان هذا النوع من الشروط ، لكونها من  
مصاديق الغرر المنهي عنه ، ولعدم وجود النص الشرعي المخرج لهذا النوع من  
الجهالة عن الغرر موضوعاً او حكماً .

ولو عين مدة الخيار ولكن لم يعين زمان حدوثه ، فقد ذهب أكثر الفقهاء  
إلى انه يحدث بعد العقد مباشرة ويستمر إلى نهاية المدة التي اتفقا عليها لتبادر ذلك  
من اطلاقه على حد تعبيرهم .

ورجع فريق من الفقهاء : ان مبدأ حدوثه بعد تفرق المتعاقدين ، أي بعد  
انقضاء خيار المجلس ، ذلك لأن المقصود من جعل الخيار ' أحداث السلطنة على حل  
العقد بنحو لولا جعل الخيار يكون العقد لازماً بالنسبة للمتعاقدين ، وقبل تفرق  
المتعاقدين يحق لكل منهما فسخ العقد واسترجاع العوض الذي ملكه للآخر ، فلا

---

١ - انظر حاشية السيد كاظم على مكاسب الانصاري .

يبقى لجعل الخيار من فائدة في هذه المرحلة .

وعلى كل حال فلو علم من حالها انها قصدها من حين العقد ، او من زمان  
التفرق ، او بعد يوم او أكثر تعين العمل بما قصدها ، ولو اطلقا ولم يعينا مبدأ  
حدوته فمن الجائز القريب ان يكون بعد تفرقها عن مجلس العقد (١) .

وكا يصح للمتعاقدين ان يجعلا الخيار لها في حل العقد يجوز لها ان يجعلا الخيار  
لغيرهما واحداً كان او أكثر، لعدم منافات ذلك لأدلة الشروط التي تنص على وجوب  
الوفاء بكل شرط إذا لم يخالف الكتاب والسنة، ولم يتنافى مع مقتضى العقد، او  
مع حكم منصوص عليه بأدلة التشريع ، ولازم جعل الخيار لأكثر من واحد ان  
يكون لكل واحد منها الحق في الفسخ وامضاء العقد، فلو اتفقا على الفسخ والامضاء  
نقد اتفاقهما ، ولو فسخ احدهما وامضى الآخر ، تعين تقديم الفسخ ، لأن مرجع  
الاجازة من الآخر إلى اسقاط الخيار المجهول له (٢) .

ولا يبعد في المقام تقديم الاسبق منها ، ولو تقارنا بطلا معاً .  
والظاهر ان هذا الخيار متفق عليه عند فقهاء المذاهب الاربعة ، ولم يه فيه  
خلاف واسع حول المدة التي يحدد بها وبعض النواحي الأخرى ، ويصح اشتراطه  
عند الجميع للمتعاقدين ولأحدهما وللأجنبي ، وإذا جعلاه للأجنبي يسقط خيارهما  
عند الشرافع والخباة ، ويصبح الخيار للأجنبي وحده ، ويشترك مع المتعاقدين في  
الخيار بنظر الاحناف ، فان اتفقا على الفسخ او الاجازة نقد اتفاقهما ، وان  
اختلفا ينقد تصرف الاسبق منها ، وإن تصرفا في آن واحد فأجاز الأجنبي وفسخ  
المالك العاقد مثلاً او بالعكس يقدم الفسخ على الاجازة .

---

١ - انظر المكتسب للشيخ التستري والجواهر للشيخ محمد حسن النجفي ، والسرار  
لابن اندس المكي .

٢ - انظر الجواهر والمكتسب بمساحات الغيبرات .



وعند الخنابة لا يصح جعل الخيار للأجنبي مستقلاً ، فلو جعله أحد المتعاقدين لشخص ثالث لم يصح الشرط ، لأن الخيار شرع لمنفعة المتعاقدين .

ومن ناحية المدة التي ينبغي أن يحدد بها الخيار ، فعند الاحفاف إذا كانت المدة غير معينة ، أو كان غير محددة بالزمان أصلاً ، يكون من الشروط الفاسدة إذا كان مقترناً بالعقد ، أما إذا كان بعده ، كما لو باع شخص سلعة لآخر ، وبعد إتمام البيع بمدة من الزمن التقى به وقال له أنت بالخيار ولم يعين زمناً ، ففي مثل ذلك يثبت له الخيار ما دام في المجلس الذي أخبره فيه بأن له الخيار .

وإذا حدد زمن الخيار بثلاثة أيام لا غير يقع صحيحاً ويجب الوفاء به ، ولو حده بشهر أو أكثر يقع فاسداً عند أي حنيفة وصحيحاً عند صاحبيه أبي يوسف ومحمد بن الحسن .

وذهب المالكية إلى أن خيار الشرط يلحظ المبيع أن كان من نوع الاراضي وما يتصل بها من بناء وأشجار يصح اشتراطه لمدة تتراوح بين ستة وثلاثين يوماً وثمانية وثلاثين فإذا زادت المدة عن ذلك يقع فاسداً ، وإن كان المبيع من نوع الثياب وغيرها من العروض يصح جعل الخيار لأحدهما خلال مدة تتراوح بين ثلاثة أيام وخمسة ، وكذا في الحيوانات التي ليست معدة للركوب والنقل ، وإذا كان المبيع من هذا النوع ، فإن كان اشتراط الخيار لفرض التثبيت من غلاتها ورخصها فيصح اشتراطه في المدة المذكورة ، وإن كانت لأجل التثبيت من صلاحيتها للركوب والاستعمال ، ففي البلد الذي جرى فيه العقد لا يصح اشتراط الخيار فيها أكثر من يومين ، وفي خارج البلد يصح اشتراطه إلى مسافة يزيد لا غير ، ويفسد الشرط إذا تجاوز الحدود المذكورة .

وقال الشوافع : أن مدة الخيار لا يصح أن تتجاوز ثلاثة أيام ، ولا بد فيها أن تكون متصلة بالعقد ومتوالية ، ورتبوا على ذلك أن البائع لو باع داره وجعل

الخيار المشتري في اليوم الثاني بطلان العقد والشرط ، وكذلك فيما لو عينها بثلاثة أيام وكان اليوم الاول متصلاً بالعقد واليومان الباقيان منفصلان عنه .

ولم يشترط الحنابلة أمداً معيناً فكما يصح اشتراطه لثلاثة أيام يصح إلى سنة وأكثر منها على شرط ان تكون المدة معينة من حيث المبدأ والمنتهى (١) .

ويصح شرط الخيار عند الاحناف في الاجارة والمزارعة والخلع على مال ، وفي القسمة والرهن والكفالة والحوالة والإبراء من الدين والشفعة والإقالة ونحو ذلك من العقود اللازمة من الطرفين ومن طرف واحد (٢) .

ولا يدخل هذا الخيار عند الجعفرين أي الخيار الثابت بالشرط في الايقاعات كالطلاق والمعتق والإبراء والصلح المفيد فائدة الإبراء ، كالصلح على ما في الذمة أو على إسقاط الدعوى الغائقة بين المتخاصمين ، أما الصلح المعاوضي فيدخله هذا الخيار كغيره من عقود المعاوضة ، وقد علل جماعة من الفقهاء عدم صحته في الايقاعات ، بأن الايقاعات مبنية بمقتضى وضعها على اللزوم كغيرها من العقود ولولا وجود الدليل المسوغ لدخول هذا الشرط في العقود التي تصح فيها الإقالة وبدخلها الخيار لم نلتزم بصحة هذا الشرط ، أما بالنسبة إلى الايقاعات فلم يعمد عن الشارع انه رخص في التراجع عنها بعد انشائها على الوجه الشرعي ، وإذا لم يكن التراجع عنها مشروعاً فاشتراط الخيار فيها لا يشرع صحة للتراجع والغاء تلك الآثار الثابتة لها ، هذا بالإضافة إلى ان الايقاعات تم بإرادة واحدة ومن طرف واحد ، ولا يصدق الشرط إلا بالالتزام والترابط من الطرفين كما أشرنا إلى ذلك في أوائل هذا الفصل .

ومها كان الحال فالعقود منها ما لا يدخله هذا الخيار بالاتفاق ، ومنها ما

١ - انظر الفقه على المذاهب الأربعة الجزء الثاني ص ١٧٥ إلى ١٨٠ .

٢ - نفس المصدر .

يدخله بالاتفاق ، ومنها ما هو مختلف فيه ، فمن النوع الاول عقد النكاح كما نص على ذلك الشهيد الثاني في المسالك ، والشيخ الطوسي في الخلاف والمحقق الصركي في جامع المقاصد ، ولم يظهر من نصوص الفقهاء ما يشير إلى صحة اشتراط الخيار في فسخ النكاح لأحد الزوجين أو لكليهما ، ولعل ذلك من حيث ان دخول هذا الشرط في النكاح يعرضه لأن يكون هدفاً لميول الزوجين ، ولقزوال في كل لحظة ، وذلك يؤدي إلى عدم استقرار الحياة الزوجية وعدم الاطمئنان إلى الغاية التي عُدَّ إليها كل من الزوجين بزواجهما .

ومن الثاني عقود البيع بجميع أقسامها والإجارة والمزارعة والمساقات ونحو ذلك بما هو لازم من الطرفين .

ومن الثالث الوقف والهبة والضمان والرهن وبيع التقدين بثلمها المعبر عنه بالصرف في عرف الفقهاء ، هذه العقود لم يتفق الفقهاء على دخول شرط الخيار فيها او عدمه كما يبدو ذلك من المباحث الفقهية ، مع العلم بأن بقية العقود كالتجارة والوديعة والوكالة والوكالة ليست محللاً للبحث من هذه الناحية لجواز الرجوع لكل منها في العقد في جميع الحالات .

وقد أطلال الفقهاء في الحديث عن خيار الشرط وأنواعه وشروطه ، وما يتفرع عليه ، ولا يمتنا أن نستقصي جميع تلك المباحث بعد أن عرضنا النواحي الرئيسية من تلك المباحث ، وكما ذكرنا لأكثر من مناسبة ان النهج الذي سلكناه في هذا الكتاب لا يتخطى المسائل الهامة والاركان التي تتكون منها العقود وما يتفرع عنها ، وآراء الفقهاء فيها .

## خيار الغبن

٤٠

من الحالات التي يصح لأحد المتعاقدين التراجع عن العقد ، ما لو كان أحدهما مغبوناً فيما انتقل إليه عوضاً عن ماله ، وفي هذه الحالة يصح للمغبون الذي أعطى أكثر مما أخذ جاهلاً بالتفاوت فسخ العقد واسترجاع العوض الذي دفعه ، للآخر ولأن هذا النوع من المعاوضات لا يتخلو من الخداع في الغالب واستغلال جهل الطرف الآخر بالثمن الواقعي ، أطلق الفقهاء على هذا النوع من المعاملات بالمعاملات الغبنية من حيث أنها لا تخلو من الخداع في الغالب ، وقد يكون التفاوت بين العوضين فاقماً عن جهلها معاً بالواقع .

فالمعول على التفاوت بين المالين الناتج عن جهل الطرف الآخر سواء كان البائع مثلاً مخادعاً له أم لا ، والظاهر أن الفقهاء متفقون على أن للمغبون الحق في فسخ العقد وإمضائه بالعوض الذي جرى عليه العقد ، واستدل الفقهاء على هذا الخيار بأن التساوي بين المالين في المعاوضات من الشرائط الضمنية المتفق عليها بين المتعاقدين ، فالعقد تام بجميع مقوماته وعناصره ، لم يفتقد شيئاً سوى التساوي الذي بني عليه الرضا بتلك المعاملة ، فإذا تبين بعد العقد أن المعاملة فاقدة لهذا الشرط يحق للطرف الآخر إبطالها وله أن يقرها مع هذا التفاوت ، ولا يبعد

إلحاق الشروط الضمنية بالشروط الصريحة من حيث ثبوت الخيار فيها ، ومن أمثلة ذلك ما لو امتنع أحد الطرفين من تسليم العوض إلى الآخر ، فثبت للطرف الثاني الخيار في الفسخ وإن لم يشترط عليه التسليم صراحة في العقد ، وليس ذلك إلا من حيث التباين بين المتعاقدين على التسليم والتسلم بينها (١) .

واستدل العلامة الحلي على هذا الخيار بقوله تعالى : ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم .

والمغبون لما أقدم على المعاملة بناء منه على تساوي الموضين ، ولم يرض بها إلا لبنائه على ذلك ، وحيث أن التساوي من الصفات ، وتختلف الصفة لا يوجب أكثر من إعطائه الحق في فسخ العقد .

على أن إلزامه بالمعاملة في هذه الحالة اضاربه ، وأضاف إلى ذلك أن النبي (ص) قد أثبت الخيار في البيع الواقع بين أهل البلد والوافدين عليها ، كما لو اشترى أهل البلد من الوافدين أو باعهم قبل وصولهم إلى الأسواق والتعرف على الأسعار ، وليس ذلك إلا من حيث أن هذه المعاملات لا تسلم من الاستغلال في الغالب (٢)

ومن أدلة هذا الخيار لا ضرر ولا ضرار في الإسلام لو كان اعتبار التساوي بين المالين من الشروط الضمنية كما جاء في منية الطالب وبجمل الاستدلال بالقاعدة : أن التساوي بين المالين لو كان من مقتضيات المعاوضة التي يقوم عليها

---

١ - وقد اترك الشيخ التصاري كفاية هذا النوع من التباين في إثبات الخيار واحتج لذلك بأن تساوي الموضين في المالية ليس من الألفاظ الاسمية في المعاملات ولا هو من أجزاء العقود وإدراكها ، وإنما هو من الدوامي الخارجة منها كالبيع لوفاء الدين أو للانفاق ونحو ذلك مما يدعو للمعاوضة ، وتختلف الدوامي لا يوجب تزول العقد إلا إذا كان قيداً صريحاً في العقد .

٢ - وقد عبر الفقهاء عن هذا الخيار ، بخيار تلقى الركيان .

نظام الناس في معاشهم ، لم يكن الطرف الآخر المغبون ملتزماً بالغبن والتفاوت الواقع بين المالكين ، فالزامه بالمعاملة مع انه لم يلتزم بها مع هذا التفاوت مرفوع بقتضى لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ، وإذ لم يكن ملتزماً بالمعاملة من هذه الحشية يكون غيراً بين حل العقد واسترجاع ماله وبين المضي على المعاملة .

أما إذا لم يكن التساوي بين المالكين من الشروط الضمنية بأن كان من الشروط البنائية التي لا تقتضيها طبيعة المعاوضة ، أو كان من قبيل الوداعي الخارجية القائمة في نفس المتعاقدين فالضرر لم ينشأ من إلزام المغبون بالالتزام بالعقد ، وإنما حصل من إقدامه على المعاملة ومن بنائه على تساوي العوضين ، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار في الاسلام مفادها رفع الحكم الضروي فيما لو كان الضرر حاصلاً من قبل ذلك الحكم (١) .

ومهما كان الحال فالفقهاء متفقون على ثبوت الخيار للمغبون بين امضاء العقد وفسخه ، ويكفي لاثبات هذا الخيار الاجماع للقائم عليه لو افترضنا ان الادلة التي استدلت بها الفقهاء لا تكفي لاثباته . ولا بد لثبوت هذا الخيار من شرطين : الاول ان لا يكون المغبون عالماً بالتفاوت بين العوضين ، فلو كان عالماً به ومع ذلك أقدم على المعاملة فلا يكون مغبوناً ، لأنه أقدم على دفع الزائد بإرادته واختياره ، ولا حرج على الانسان ان يتصرف في امواله كما يشاء بإرادته واختياره .

---

١ هذا ولو بنيّا على ان التساوي من الشروط الضمنية التي تقتضيها طبيعة المعاوضة بنحو لم يكن المغبون مقدماً على الضرر وملتزماً به ، فغاية ما يترتب على ذلك عدم التزامه بالمعاوضة من حيث ان الزامه بها والحال هذه ضرر لم يقدم عليه ، وحديث لا ضرر يقتضيه رفع الحكم الضروي فيما لو كان الضرر ناشئاً من طريق الحكم ، ولا يلزم من ذلك اكثر من تزيل العقد ، وهذا القدر لا يثبت الخيار للمغبون بين فسخ العقد وامسأله بتمام الثمن ، لان الفين كما يتدفع بذلك يتدفع ايضاً بالالتزام بالعقد واسترجاع التفاوت او فسخه بمقدار الزائد عن ثمن البيع .

الشرط الثاني: ان يكون التفاوت بين العوضين بما لا يتسامح الناس في مثله عادة ، كما لو باع شخص ما قيمته عشرة دنانير بخمسة عشر دينار معتقداً أن المبيع يساوي هذه القيمة ، فان هذا المقدار من التفاوت لا يتسامح به المتعاقدان في الغالب ، فلو كان التفاوت يسيراً بأن باع ما يساوي عشرة دنانير بأحد عشر ديناراً ، فلا خيار في مثل ذلك لأن هذا المقدار من التفاوت قد يقدم عليه المتعاقدان حتى مع علمهما به ، ولأن المعاوضات مبنية على التكسب والطمع في الربح ، ولا يلزم من الزام المشتري بالمعاملة في مثل ذلك ضرر او اضرار، ويبدو من النصوص الفقهية المنتشرة في كتب الفقهاء : ان الفقهاء بين من يقول بأن ظهور الغبن سبب لثبوت هذا الخيار ، بمعنى ان الخيار يحدث عند اطلاع المغبون على التفاوت بين العوضين ، وبين من يقول بأن ظهور الغبن سبب لثبوت الخيار بمعنى ان الخيار يحدث من حين العقد ، واطلاع المغبون على التفاوت يكون كاشفاً عنه .

قال الشيخ مرتضى الانصاري : وبما يؤيد الأول انهم اختلفوا في صحة التصرفات النافذة في زمن الخيار ، ولم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعة من الغابن قبل اطلاع المغبون على التفاوت الموجب للخيار ، ونص بعضهم على نفوذها في هذه الحالة وان المغبون يستقل بعد ظهور الغبن فيما لو فسخ العقد إلى مثل المبيع او قيمته ، ولو كان ظهور الغبن كاشفاً عن ثبوت الخيار تعين الرجوع إلى عين المال فيما لو فسخ المغبون وبطل التصرفات الواقعة عليه .

وأضاف إلى ذلك الشيخ الانصاري : ان ظهور الغبن سواء كان سبباً لحدوث هذا الخيار أم كان كاشفاً عن حدوثه من حين العقد ، فالأثر الثابت لهذا الخيار منها ما لا يترتب إلا بعد ظهور الغبن ، ومنها ما يترتب عليه بوجوده الواقعي ، فالتصرف الواقع من المغبون قبل اطلاعه على التفاوت لا يوجب سقوط خياره ، وفي ذلك ما يشعر بأن آثاره لا تترتب عليه إلا بعد وجوده وظهوره ، كما وان حكمهم بصحة اسقاطه بعد العقد وقبل ظهور الغبن هذا الحكم يشعر بأن هذا

النوع من الآثار يترتب عليه وجوده الواقعي ، ولو كان ظهور الغبن سبباً لحدوث الخيار يلزم أن يكون اسقاطه بعد العقد وقبل ظهور الغبن لغواً ، ومن الجائز أن يكون هذا التفاوت في ترتيب الآثار هو السبب لهذا التشويش والاختلاف بين الفقهاء في حدوثه من حين العقد أو من حين الإطلاع على التفاوت .

ومن مجموع ما تقدم تبين أن هذا الخيار قد شرع لتدارك ضرر العاقد المخبون ، حيث أنه لم يقدم على المعاملة وهو يظن بهذا المقدار من التفاوت ، ولم يرض بها إلا على أمل التساوي بين المالين ، لذلك فقد جعل له الشارع الحق في فسخ العقد واسترجاع العوض الذي دفعه للعاقد الآخر ، ونظراً لأن الدافع على تشريمه التخلص من الضرر اللاحق بالمخبون ، لا يبعد ثبوت هذا الخيار في جميع المعاوزات المالية اللازمة كالبيع والإجارة والصلح المستعمل في مقام المعاوزات ونحو ذلك كما نص على ذلك جماعة من الفقهاء ، ولم يستثنوا من المعاوزات المالية إلا الصلح الواقع نتيجة للزواج والتخاصم حيث أن الغاية منه في مثل هذه الحالات قطع الخصومة ، وجعل الخيار لأحدهما في هذا النوع من العقود يتنافى مع الغاية التي وجد من أجلها .

وقد نص بعض الفقهاء : على أن كل عقد وقع من المتعاقدين ، وكان مبنياً على التساهل والتسامح ، هذا العقد أي كان نوعه لا يدخله هذا الخيار ، حتى ولو كان بيعاً ، ولا تشمله أدلة هذا الخيار .

ثم إن هذا الخيار المجهول للعاقد المخبون هل يسقط إذا لم يستعمله عند إطلاعه على الغبن ، أو يبقى ولو لم يعلن عن رأيه في المعاملة بنحو يستمر إلى ما بعد زمان الإطلاع عليه ؟ وقد نسب الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب إلى أكثر الفقهاء أنهم يرجعون سقوطه إذا أطلع العاقد المخبون على الغبن ولم يستعمل حقه في الفسخ أو الامضاء بعد الإطلاع على الغبن . ولعلمهم يعتمدون في ذلك على أن التسلط على حل العقد إنما هو لأجل تدارك



الضرر اللاحق بالعاقدة المغبون ، فإذا أطلع المغبون على الغبن وكان عالماً بأن الشارع أعطاه الحق ليتدارك الضرر الناتج من هذه المعاملة ، ومع ذلك لم يستعمل هذا الحق يكون راضياً بالمعاملة ومسقطاً لحقه .

وقد حاول جماعة من الفقهاء استنتاج الحكم في هذه المسألة بالرجوع إلى بعض المبادئ الأصولية المدونة في أصول الفقه الجعفري من حيث أن هذه المسألة من مصاديق تلك القواعد المتفق عليها بين الأصوليين ، وتتلخص القاعدة الأصولية بالبيان التالي :

إذا كان العام موضوعاً لحكم من الأحكام يستفاد منه ثبوت الحكم لكل فرد من أفراد ذلك العام ، ويستتبع ذلك عموماً من ناحية الزمان أيضاً ، فإن ثبوت الحكم لكل فرد في كل زمان أن كان من حيث دلالة العموم على ذلك ، بمعنى أن العام كما يدل على جميع الأفراد يدل أيضاً على ثبوت هذا الحكم لكل فرد في كل جزء من أجزاء الزمن ، فلو كانت دلالة العام على أفرادها على هذا النحو وخرج فرد من أفراد العام بالتخصيص ، ولم يتبين أن خروجه في جميع الأزمنة أو في الزمان الأول ، ففي مثل ذلك يتعين الرجوع إلى العموم بالنسبة إلى الزمن الثاني ، لانا قد فرضنا أن العام بعمومه يدل على ثبوت الحكم لكل فرد في كل جزء من الزمن ، فالتشكك في خروج الفرد في الزمن الثاني يرجع إلى التشكك في التخصيص بالنسبة إلى هذه القطعة من الزمن ، وفي مثل ذلك لا بد من الرجوع إلى العام كما هو مقرر في أصول الفقه الجعفري .

أما إذا لم يتعرض العام بمقتضى عمومه إلا إلى الأفراد ، وكان استمرار الحكم في الزمان من حيث أنه قد أطلق حكمه ولم يقيد في زمان من الأزمنة ، فيستمر الحكم لجميع الأفراد أيضاً ، ولكن ليس من جهة دلالة العموم على ذلك ، بل لأن عدم التقييد يستتبع استمرار الحكم في جميع الأزمنة ، فإذا خرج فرد من العام بالدليل المحض له وشككنا في خروجه في الزمن الأول أو في جميع

الآزمة فهي مثل ذلك لا يصح الرجوع إلى العام بالنسبة إلى الزمن الثاني ، لأن هذا الفرد قد خرج من العموم بالتخصيص ، واستمرار خروجه لا يستلزم تخصيصاً جديداً ، فيتمتع استصحاب حكم التخصيص في الزمن الثاني .

وقد اتجه بعض القائلين بأن الخيار يسقط في الزمن الثاني إذا لم يستعمل المفرد حق في الفسخ في الزمن الأول ، إلى أن العمومات التي تدل على لزوم المعاملة كما تدل على لزوم كل فرد من أفراد العقود ، تدل أيضاً على لزومها في كل جزء من أجزاء الزمان ، فإذا جاء الدليل وأخرج فرداً عن حكم العام كما هو الحال في هذا الخيار وشككنا في ثبوته في الزمن الثاني بعد الاطلاع على الفقه يتعين الرجوع إلى العمومات القاضية بلزوم العقد بالنسبة للزمن الثاني ، لأن ثبوت الخيار فيه تخصيص زائد للعموم ، ولازم ذلك سقوطه في زمان الشك استناداً لتلك العمومات .

كما اتجه بعض القائلين ببقاء الخيار في الزمن الثاني إلى أن العمومات القاضية بوجوب الوفاء بالعقد لا تدل إلا على وجوب الوفاء بكل فرد من أفراد العقود ، واستمرار وجوب الوفاء في جميع الآزمة لما جاء من ناحية الإطلاق وعدم التقييد في زمان من الآزمة ، وبما أن العقد المشتمل على الفقه قد خرج عن حكم تلك العمومات بالأداة المخصصة لها ، ولا يلزم من خروجه في الزمن الثاني تخصيص زائد لها ، وليس في أدلة التخصيص ما يشير إلى خروجه في خصوص القطعة الأولى من الزمان المتصل بالعقد فيتمتع استصحاب حكم الخاص في الزمن الثاني ، ولازم ذلك استمرار الخيار (١) .

## موقف الفقه المدني من الغبن

### ٤١

لقد اعتبر المدينون الغبن من عيوب العقد ، وعرفوه بأنه عبارة عن عدم التعادل بين التزامات كل من العاقدين في العقد الملزم للجانبين ، قال السهوري : ويتلخص من هذا التعريف الأمور التالية :

١ - أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضات غير الاحتمالية ، أما عقود المعاوضات الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن ، لأن الأولى طيعتها تقضي بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين ولأن الثانية يعطي فيها أحد العاقدين ولا يأخذ ، فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى .

٢ - أن الغبن يقدر وقت التعاقد فينظر إلى التعادل في ذلك الوقت ، ولا عبء بتغير القيمة بعد العقد .

٣ - أن الغبن يصعب الاحتراز منه ، فلا بد من التسامح في الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش .

ولا بد مع ذلك من كون المغبون جاهلاً بالتفاوت بين المالين حين العقد ، فلو كان عالماً به وأقدم على البيع بأقل من الثمن لا يكون مغبوناً بالمعاملة .

بهذه الشروط يلتزم الشرعيون والمدنيون التقاء كلياً وقد نبهنا عليها في خلال حديثنا عن الغبن الموجب لتزلزل العقد في الفقه الجعفري .

وقد ذكرنا ان هذه الشروط إذا توفرت في العاقد المغبون يثبت له الحق في ابطال العقد واسترجاع ماله بمعنى انه يكون غيراً بين فسخ العقد وبين الالتزام به كما وقع ، وبذلك نصت المادة ٢١ من القانون المدني السويسري .

قال السهوري : وتلغضي المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري بأنه في حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة ان يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه ، إذا كان قد دُفع إلى هذا الغبن عن طريق استغلال حاجة وقع فيها ، او خفة او عدم تجربة . بينما تنص أكثر القوانين على ان المغبون غير بين ان يطلب ابطال العقد واسترجاع ماله وبين ان ينقص التزامه الناشء عن العقد ، ويبقى له الحق في ذلك خلال سنة من تاريخ إبرام العقد (١) .

\*

\* \*

---

١ - انظر الوسيط للسهوري ص ٢٥٦ دعا بعدها ونظرية العقد للدكتور مرقس ص ٢٧٠ وما بعدها .

## موقف المذاهب الأربعة من هذا الخيار .

### ٤٢

ويبدو من النصوص الفقهية المنسوبة إلى فقهاء المذاهب الأربعة تبايناً في وجهات أنظار الفقهاء في الشروط والموارد التي يثبت فيها هذا الخيار ، فالرأي المشهور بين فقهاء المالكية انه لا يجوز حل العقد لأجل الغبن فيه ولو كان كثيراً فوق العادة إلا إذا توفرت الشروط التالية :

الأول : يكون المغبون وكيلاً أو وصياً ، فاذا وكل شخص انساناً لكي يشتري له سلعة فاشترأها له بأكثر من ثمنها الواقعي بحيث كانت التفاوت فاحشاً فلهوكل الخيار بين الرد والإمضاء وكذلك فيما لو وكله ان يبيع له فباع بأقل من الثمن الواقعي .

الثاني : ان يستلم المشتري البائع او البائع للمشتري ، كأن يقول له : اشترى مني كما تشتري من سائر الناس ، فلو اشترى منه وتبين التفاوت بين العوضين ، فللمغبون منها الخيار .

الثالث : ان يستأمن البائع او المشتري الطرف الآخر ، ثم يتبين له بعد ذلك ان التفاوت بين المالين كان فاحشاً .

والرأي الثاني للملكية مع انه أكثر اعتدالاً وموافقة للأصول أقل انصاراً  
من الرأي الأول وملخصه ان التفاوت بين المالين بقدار الثلث ، لو كان الطرف  
الأخر عالماً به يحق للمقبون فسخ العقد في مثل ذلك .

وبدعي الحنابلة ان القبن الفاحش لا يكون سبباً لحل العقد إلا في بيع تلقي  
الركبان وبيع البخش (١) ، وفيما إذا لم يكن للبائع والمشتري معرفة بالأسعار  
ولا بحسنان البيع والشراء ، وقبل قول من بدعي القبن بعد تحليفه اليمين إذا  
احتج بأنه لا يحسن البيع والشراء .

اما إذا كان المشتري او البائع من يحسن البيع والشراء ولهما خبرة بالأسعار  
فالقبن مهما كان بالغاً لا يؤثر في جواز الفسخ .

وقال الأحناف : ان القبن وحده لا يكفي لحل العقد إلا إذا كان فاحشاً  
لا يدخل تحت تقويم القوميين ، وان يكون بالاضافة إلى ذلك تأجباً عن تحرير  
الطرف الآخر كما لو أغراه بالشراء مثلاً ووصف له المبيع ببعض الصفات التي  
ترغبه في شرائه .

ولم يعتبر الشوافع حداً للتفاوت ، فسواء كان كثيراً أم قليلاً لا يوجب الخيار  
إذا كان تأجباً عن التحرير والتخادة .

والمتحصل من فقه المذاهب الاربعة ان الاقوال في هذه المسألة تنحصر في  
الاقوال الثلاثة التالية :

الاول ثبوت الخيار للمقبون وان لم يكن القبن نتيجة لتقرير القابن ، لأن

---

١ - والمراد من بيع النجش ان يقوم شخص بزيادة ثمن السلعة المعروضة للبيع بدافع  
توفيق الغير بها واقراءه بشرائها ، فلو اشتراها في هذه الحالة مفدوماً بالثمن الذي دفعه  
ذلك الشخص ثبت له الخيار .

الغبن ظلم يجب إزالته بالفسخ فيما إذا كانت العقود قابلة لذلك ، كما نص على ذلك بعض فقهاء المالكية .

الثاني : ان الغبن لما يوجب الخيار في بيع النجس والمسترسل (١) ويبيع تلقى الركبان (٢) وفيما عدا ذلك لا يوجب الخيار كما يدعي الحنابلة .

الثالث : ان الغبن يوجب الخيار إذا كان ناتجاً عن تغرير البائع كما ذكرنا بالنسبة إلى العقود الواقعة بين المتعاقدين على أموالهم ، وفيما إذا كانت على أموال الصغير والمحجور عليهم والأوقاف وغير ذلك بما يتولاه غير المالك بولايته أو بوكالته ، فالغبن الفاحش يوجب البطلان عند بعضهم ، والفساد عند آخرين (٣) .

\*

\* \*

---

١ - المسترسل هو الذي يسلم الامر الى الطرف الاخر ولا يضمن المساومة مع جهله بالثمن .

٢ - وهم الذين يقدمون الى بلد اخر لبيع بسلعهم ، فيتلقاهم الناس الى خارج البلد ويشترون منهم بالقل من الثمن ، وقد جاء عن النبي (ص) ان للبائع الخيار في هذه الحالات .

٣ - انظر الفقه على المذاهب الاربعية المجلد الثاني ص ٢٨٤ و ٢٨٥ وانظر نظام المعاملات في الفقه الاسلامي ص ٤٠٨ و ٤٠٩ ، واحكام المعاملات لعلي الخفيف ص ١٣٩ و ١٤٠ .

## خيار التأخير

٤٣

يثبت الحق للبائع في فسخ العقد فيما لو باع المالك شيئاً ولم يستلم الثمن ، ولم يسلم من جانبه المبيع ، ولم يكن بينها شرط يسوغ لها التأخير إلى أجل معين ، فالبيع يتعقد لازماً ويستمر إلى ثلاثة أيام ، فإن جاء المشتري بالثمن خلال الأيام الثلاثة كان أحق وأولى بالمبيع من غيره ، وإذا مضت الأيام الثلاثة ولم يدفع المشتري الثمن يثبت الخيار للبائع ، ويكون مخيراً بين فسخ العقد وبين إبقائه ومطالبة المشتري بالثمن ، ويبدو أن هذا الخيار متفق عليه بين الفقهاء ، وقد استدل عليه بعضهم بالإضافة إلى الإجماع وحديث لا ضرر ولا ضرار بالنصوص المروية عن الأئمة (ع) ، والتي تدل على أن البائع غير ملزم بالعقد بعد مضي ثلاثة أيام على إبرامه إذا لم يدفع له المشتري الثمن .

وقد جاء في رواية زرارة عن أبي جعفر الباقر (ع) : قلت له الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده ، فيقول له : آتيك بتمنه ، قال (ع) : إن جاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له .

وروى عبد الرحمن بن الحجاج ، قال اشتريت عملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه ، ثم احتسبت أياماً وجئت إلى بائع الحمل لأخذه ، فقال لي : قد بتمه . فضحكت ، ثم قلت لا والله لا أدعك أو أقاضيك ، قال : أترضى بأبي



بكر ابن عياش ؟ قلت : نعم . فأتينا وقصصنا عليه قصتنا ، فقال أبو بكر : يقول من يحب أن أقضي بينكما أبقول صاحبك أو غيره ، قلت : يقول صاحبي . قال سمعته يقول من اشترى شيئاً فجاه بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له ، إلى غير ذلك من النصوص التي تدل على نفي البيع بعد الثلاثة .

ولأجل أن النصوص التي تعرضت لحال هذا النوع من العقد لم تنص على أن البائع بالخيار بعد الأيام الثلاثة بل تنص على نفي البيع في مثل هذه الحالات ، لأجل ذلك اختار الشيخ الطوسي في كتابه المبسوط بطلان العقد بعد مضي المدة المذكورة وانفاخه بنفسه . ومقتضى الوقوف عند المعنى الظاهر من تلك الروايات التي نفي فيها الإمام (ع) البيع بين الطرفين مقتضى ذلك الالتزام بالانفساخ وبطلان العقد ، ولكن الفقهاء بأكثريةهم القابلة لم ينفوا عند المعنى الظاهر من قوله (ع) لا بيع بينهما كما في رواية علي بن يقطين وقوله (ع) لا بيع له كما جاء في غيره من الروايات عنهم عليهم السلام ، والتزموا بأن النفي هو الزوم وحده ، لأن التسليم والتسلم ليسا من أركان العقد ، ولا من شروطه وإنما هما من مقتضيات المعاوضة الواقعة بينهما فتكون النصوص مؤكدة لهذه الحقيقة ، وإذا اتفقت الزوم يكون المتعاقدان بالخيار بين الغاء العقد وبين الالتزام به .

ولا بد من بقاء المبيع والتمن في يد البائع والمشتري كما يستفاد ذلك من النصوص التي اعتمد عليها الفقهاء في اثبات هذا الخيار ، ولا يمنع من ثبوته استلام البائع بعض الثمن كما يدل على ذلك رواية ابن الحجاج ، حيث نصت على نفي البيع مع أن المشتري قد دفع للبائع بعض الثمن كما هو مورد السؤال والغصومة التي أدت إلى تحكيم أبي بكر بن العياش .

وقد اتفق الفقهاء على ثبوته فيما إذا كان المبيع شخصياً أو عيناً من الاعيان الخارجية ، أما لو كان كلياً في الذمة ، فقد رجح جماعة عدم ثبوت الخيار للبائع في مثل ذلك ، نظراً لأن مورد النصوص هو المبيع الخارجي كما يستفاد من مروية

ندارة عن الإمام الباقر (ع) ، وقد جاء فيها : الرجل يشتري المتاع ثم بدعه عنده . كما ينص جماعة من الفقهاء على ثبوته في هذه الحالة ولو كان المبيع كلياً ، لان المورد وان كان ظاهراً في المبيع الشخصي ، إلا ان جواب الإمام (ع) ينسحب له ولغيره .

ثم ان ثبوت الخيار للبائع بعد الايام الثلاثة إنما هو فيما يمكن بقاءه إلى ثلاثة أيام او أكثر ، فلو كان المبيع مما يفسد بالتأخير كاللحوم والفاكهة ونحو ذلك ، فالخيار يحدث للبائع قبل مضي الثلاثة وقبل طرو الفساد على المبيع ، لان الزامه بعدم الفسخ والحالة هذه يعرضه للضرر ، وكل ما يلزم منه الضرر منفي بمقتضى قوله (ص) لا ضرر ولا ضرار في الدين .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب : ومن هنا يمكن تعدية الحكم إلى كل مورد يتحقق فيه الضرر ، وان كان خارجاً عن مورد النص ، كما إذا كان المبيع مما يفسد في يوم او نصف يوم فيثبت الخيار قبل طرو الفساد المؤدي إلى تضرر البائع .

\*

\* \*

موقف الفقه المدني من عدم تسليم كل من البائع والمشتري للعوضين

## ٤٤

والظاهر ان الفقه المدني ينتهي مع الفقه الجعفري في إعطاء البائع حق فسخ العقد إذا لم يسلم أحد العاقدين ما وجب عليه بمقتضى العقد التقاء كلياً .

قال الدكتور عبد المجيد الحكيم : تقضي الفقرة الأولى من المادة ١٧٧ من القانون المدني بأنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التمويض أن كانت له مقتضى ، إذا توافرت الشروط الثلاثة التالية :

الأول : أن يكون العقد ملزماً للجانبين ، لأن هذا النوع من العقود ينشئ التزامات متبادلة على عاتق كلا طرفي العقد ، والاخلال بتنفيذ أحد الطرفين هو الذي يبرر حق الفسخ .

الثاني : لا بد لإمكان الفسخ من عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، فما يخالف طبيعة العقود الملزمة للجانبين وعقود المعاوضة أن لا ينفذ أحد العاقدين ما وجب عليه بالعقد مع بقاء الآخر ملزماً بالتنفيذ ( ٢ ) .

---

١ - والراد في الإفسار هو المطالبة والتشديد عليه بتنفيذ ما التزم به بخصوص تسليم عوض للطرف الآخر .

٢ - وهذا الشرط من أركان هذا الخيار عند الجعفريين ، وجميع النصوص التي فسحت المجال للبائع بالتخلص من العقد موردها عدم التنفيذ من كلا الطرفين .

الثالث : ان يكون طالب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزامه وقادراً عليه ، فإذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئاً بمقتضى العقد فيجب ان يكون قادراً على رده ، فإذا لم يكن قادراً عليه فلا يجاب إلى طلبه ، وإذا باع الشيء الذي تسلمه بمقتضى العقد امتنع عليه طلب الفسخ (١) .

وقال الدكتور الحكيم : ان القوانين المدنية لم تكن تعترف بحق الفسخ في صورته هذه إلا بعد تطور طويل ، فلم يكن القانون الروماني يعترف به ، فهو لم يكن يربط بين الالتزامات الناشئة عن العقد المأزم للجانبين ، ففي عقد البيع المأزم للجانبين كان التزام البائع بتسليم المبيع مستقلاً عن التزام المشتري بدفع الثمن ، فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، لم يكن أمام الآخر إلا ان يجبره على التنفيذ ، ولم يكن باستطاعته ان يطلب فسخ العقد والتحلل من التزامه ، ولكن بعد ان مر القانون الروماني بمرحلة من التطور أدخل فيه شرط يعطي البائع الحق في طلب الفسخ إذا لم يدفع المشتري الثمن ، وانتقل هذا الشرط خلال القرون الوسطى إلى القانون الفرنسي القديم ، فكان فقهاء هذا القانون يقولون يجوز الفسخ ولو لم يوجد شرط صريح في العقد . وأقر في المادة ١١٨٤ حتى الفسخ ، وعلله بوجود شرط ضمني يفرض على كل منبأ تسليم العوض للآخر بدلاً من الشرط الصريح الذي كان يقول به القانون الروماني ، ولا يؤيد الفقه الحديث نظرية الشرط الضمني هذه في تفسير حق الفسخ ، ولكن الفقهاء لم يتفقوا على رأي واحد في تفسير هذا الحق ، وقد علله بعضهم بأن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته يفتقر على الطرف الآخر الغرض الذي قصده من وراء

---

١ - وما لا بد منه في الفقه الجعفري ان البائع الذي له ان يتخلص من العقد اذا لم يسلمه المشتري الثمن خلال ثلاثة ايام انما يسوغ له الفسخ اذا كان هو مستعد لتسليم البائع الى المشتري . اما اذا لم يكن مستعداً لذلك فليس له فسخ العقد ، ويكون عدم التنفيذ من طرف المشتري حقا من حقوقه بمعنى ان له ان يمتنع عن التسليم حتى يتسلم البائع .

تعاقد (١) .

وعلا آخرون بأن التزام البائع بتسليم المبيع المشتري مرتبط بالتزام المشتري  
تسليم الثمن ، والنتيجة الطبيعية لهذا الارتباط أنه إذا امتنع أحدهما عن تنفيذ ما  
التزمه للآخر، ان ينتع الآخر عن التنفيذ او يتحلل من التزامه نهائياً بفسخ  
العقد (٢) .

ومن مجموع ذلك تبين ان نظرية فسخ العقد بعد ان انتهت لمرحلتها الأخيرة ،  
فيا إذا لم يف أحد العاقدين بالتزامه كما لو تمتع المشتري عن دفع الثمن مثلاً  
بالشروط التي ذكرناها ، هذه النظرية تلتقي مع خيار التأخير المجهول للبائع فبا  
إذا كان عاجزاً على الوفاء بالتزاماته نحو المشتري مع فرض بقاء المبيع في يده كما  
ذكرنا ، غير ان الفقه الجعفري قد أعطى حق الفسخ للبائع بعد مضي ثلاثة أيام  
من تاريخ العقد وقوفاً مع النصوص التي أعطته هذا الحق ، مع العلم ان فريقاً  
منهم لم يتقيدوا بها فبا لو كان المبيع لا يصلح للبقاء في هذه المدة كما ذكرنا (٣) .

\*

\* \*

---

١ - ومعنى ذلك أنه يلزم من عدم تسليم المشتري الثمن اصرار البائع فيما لو وجب  
عليه الالتزام بالعقد ، كما نص على ذلك العلامة الطلي .

٢ - انظر مصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم ص ٣٦٦ الى ص ٣٦٩ .

٣ - انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري مبحث خيار التأخير .

## خيار الرؤية

٤٥

لقد اتفق الفقهاء على ان المشتري الحق في فسخ العقد إذا كان المبيع على خلاف ما وصفه له البائع ، واستدلوا على ثبوت هذا الحق للمشتري بقول النبي (ص) : لا ضرر ولا ضرار في الدين ، حيث ان الزام المشتري بتنفيذ العقد مع ان المبيع فاقد للصفات التي ذكرها البائع اضرار به لأنه قد بذل في مقابله الثمن باعتباره متصفاً بتلك الصفات ، على ان المبيع مع الصفات المحبوبة للمشتري يشجعه على بذل الثمن والإقدام على المعاوضة ، هذا بالإضافة إلى بعض النصوص التي أثبتت الخيار له في هذه الحالة .

فلقد روى جميل بن دراج عن الإمام الصادق (ع) ، قال سألت عن رجل اشترى ضيعة ، وقد كان يدخلها ويخرج منها ، فلما ان نقد المال صار إلى الضيعة قلبها ثم رجع واستقال صاحبه فلم يقبله . فقال أبو عبد الله الصادق (ع) : انه لو قلب منها ونظر إلى تسع وتسعين قطعة ، ثم بقي منها قطعة لم يرها كان له فيها خيار الرؤية .

ولا بد في هذا النوع من العقود من ذكر العين الشخصية بأوصافها بنحو لا يكون الإقدام عليها إقداماً على مجهول ، وبدون ذلك يبطل العقد ولا يبقى مورد للخيار .

ورجح جماعة ان مرجع الخيار في المقام إلى تخيير المشتري بين حل العقد وبين الالتزام به واسترجاع التفاوت (١) ، كما ادعى آخرون بطلان العقد إذا لم تكن العين موضوع العقد جامعة لصفات ، واحتجوا لذلك بأن العقود عليه هو العين الجامعة لصفات التي ذكرها البائع ، والذي استلزمه المشتري لا ينطبق عليه وصف البائع (٢) .

وكيف كان فهذا الخيار كغيره من الخيارات يسقط باسقاطه بعد الاطلاع على حال المبيع ، كما يسقط بالتصرف فيه بعد العلم بحاله ، لأن التصرف فيه بعد معرفته يكشف غالباً عن الرضا فيه ، ولو تصرف فيه قبل الاطلاع عليه فلا يبعد بقاء الخيار في هذه الحالة ، ذلك لأن للتصرف فيما يعبر عن رغبة المشتري ورضاه بالمعاوضة على جميع الأحوال إذا كان محيطاً بحال المبيع ومطلعاً عليه ، اما مع الجهل بحاله فلا يكشف عن الرضا به على جميع التقادير .

ولو اشترط البائع على المشتري سقوط هذا الخيار في ضمن العقد ، فقد اختار الشيخ في المكاسب بطلان العقد والشرط ، لأن اشترط الأوصاف المينة في المبيع يرجع إلى ربط الالتزام بالعقد بتلك الصفات التي نص عليها البائع ، ومرجع اشترط سقوط هذا الخيار إلى الالتزام بالعقد على كل حال وان لم توجد في المبيع تلك الصفات ، وهذان التزامان متنافيان في الواقع لا يمكن تنفيذهما .

ويظهر من النصوص الفقهية ان هذا الخيار يثبت في جميع العقود اللازمة كالبيع والصلح والإجارة وغير ذلك من العقود اللازمة ، فيما إذا تبين ان العقود

---

١ - المقالة بذلك هو ابن اوديس الحلي في كتابه السرائر .

٢ - والقائلون بذلك قد فاتهم ان تغلف الوصف لا يوجب التباين بين الوجود والعقود عليه ، والعرف لا يرى في مثل ذلك أكثر من ان البيع فائد للأوصاف التي وصفه بها المالك ، على ان النصوص في المقام قد أثبتت الخيار للمشتري بنحو لا يقبل التاويل والترييد .

عليه فاقد للصفات التي التزم بها العاقد ، لأن الحكم بالخيار في مثل ذلك يحفظ لكل من العاقلين حقها ولا يعد نقضاً للعقد ، وهذا بخلاف ما لو ابطالنا العقد في هذه الحالة ، او التزمنا بلزومه وعدم الخيار ، فإن البطلان لا يخدم الا مصلحة المشتري والازوم لا يخدم الا مصلحة البائع ، على ان البطلان لجرد ان العين المستأجرة مثلاً فاقدة للصفات التي التزم بها المؤجر لا تسانده الادلة ويتنافى مع النهج الفقهي المتبع عند الفقهاء ، فانهم في مثل هذه الموارد لم يلزموا باكثر من الخيار (١) .

\*  
\* \*

---

... ١ - انظر التكميل مبحث خيار الرؤية .



## موقف المذاهب الاربعة من هذا الخيار

### ٤٦

الذي يظهر من بعض النصوص الفقهية . ان الشوافع يقفون من هذا الخيار موقفاً سلبياً فاقدم جاء في المجلد الثاني من الفقه على المذاهب الاربعة : ان الشوافع لا يصحون بيع الغائب من غير فرق بين ان يكون غائباً عن مجلس العقد ، او موجوداً فيه ولكن المشتري لم يطلع عليه ، وسواء وصفه له البائع ام لا .

وعند الاحناف والمالكية والحنابلة يصح العقد ، وينتج الخيار للمشتري اذا تبين ان المبيع فاقد للصفات التي التزم بها البائع ، ويتفق المالكية مع الشوافع بالنسبة الى المبيع الموجود في مجلس العقد فلا بد من التعرف عليه مباشرة ويطلق العقد بدون ذلك ولو وصفه البائع بما ترتفع به الجهالة .

وقال الدكتور محمد يوسف : ووقت هذا الخيار هو وقت الرؤية لا قبلها ، ويتفرع على ذلك ان من له الخيار لو اجاز المقدم قبل رؤية محله لا تكفي فيه هذه الاجازة ، لانها وقعت قبل ثبوته ومرجعها الى اسقاط ما لم يوجد ، ويقتضي للمشتري الخيار بعد رؤية المبيع ويستمر لمن هو له حتى يوجد ما يطله مفاوضات المدة .

وقد عبر عن رأي الاحناف في هذه المسألة ، وجاء في ملاحظته التي ابداهـ

سحول هذا الرأي : ان بقاء الخيار واستمراره ضرر وحرج للطرف الآخر، والرأي الفقهي الذي ينص على انه لا يبقى الخيار الا فترة يسيرة من الزمن يتمكن فيها من فسخ العقد فاذا لم يفعل يسقط خياره ، هذا الرأي اوفق بحال الطرفين ويحفظ للمشتري حقه ، واذا لم يفسخ العقد بعد الاطلاع على حال المبيع يعتبر ذلك دليلاً على رضاه واجازة للعقد (١) .

والقول بثبوت هذا الخيار من حين الرؤية لامن حين العقد هو المشهور بين فقهاء الشيعة ، كما وان اسقاطه قبل رؤية عمله اي قبل الاطلاع على المبيع لا يكفي لسقوطه عند جماعة من الفقهاء كما هو الحال في جميع الخيارات ، لان ذلك اسقاط للشيء قبل وجوده على حد تعبيرهم .

ويدعي الاستاذ الخفيف ان العقد على الاعيان الفائبة يصح للمشتري فسخه قبل رؤية المبيع بسبب الخيار الثابت له ، ولكن الفسخ مع ذلك بسبب كون بالنسبة اليه غير لازم .

\*

\* \*

---

١ - انظر الفقه على اقطاب الاديعة المجلد الثاني ص ٢١٨ وما بعدها واحكام المعاملات عملي الخفيف ص ١٤٩ والمجلد لدراسة نظام المعاملات ص ٢٧١ و ٢٧٨ .

## خيار العيب

٤٧

إذا وجد أحد العاقدين عيباً في المعقود عليه فمما كان أو شتمناً يثبت الخيار بين الرجوع بالتفاوت وإبقاء العقد وبين فسخه واسترجاع العوض الذي دفعه إلى الطرف الآخر حتى ولو لم يشترط سلامة المبيع أو الثمن من العيوب ، لأنه حينما أقدم على المعاوضة لم يقدم عليها إلا وهو مطمئن لسلامة العوض ، وعدم نقصان المبيع أو الثمن عن الخلقة الأصلية .

قال العلامة في التذكرة : الأصل في المبيع من الأعيان والاشخاص الصحة والسلامة من العيوب ، فإذا أقدم المشتري على بذل ماله في مقابلة تلك العين ، فلما بنى لإقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصالة السلامة .

ونص جماعة من الفقهاء على أن المتعاقدين لو اشترطا صحة البيع من العيوب يكون الشرط مؤكداً لهذا الأصل الذي يقتضيه إطلاق العقد ، فلا يؤثر هذا الشرط خياراً آخر غير خيار العيب فيما لو انكشف وجود عيب في المبيع أو الثمن .

وتخير المشتري بين حل العقد وبين الالتزام به واسترجاع التفاوت بين الصحيح والعيب هذا الخيار الثابت له فيما إذا وجد في المبيع عيباً ينحصر الدليل عليه بالاجماع ، ذلك لأن النصوص التي تعرضت لحكم هذه المسألة لم تعرض للخيار .

بهذا النوع ، وقد جاء فيها : انه إذا وجد في المبيع عيباً وكان قائماً رده على صاحبه وأخذ منه الثمن ، وإن كان قد تصرف فيه يرجع بتقصان العيب على البائع .  
فالتصريح بين الفسخ والإمضاء بعد استرجاع التفاوت لم يرد في شيء من النصوص .

قال في الجواهر : وليس في النصوص جميعها ذكر الإمضاء مع الارش ، بل ظاهرها الرد خاصة ، وعليه ينحصر الدليل على الخيار المردد بين الفسخ والإمضاء مع الارش بإجماع الفقهاء .

وقد نص أكثر الفقهاء على ان هذا الخيار لا يثبت إلا بعد ظهور العيب ، وان ظهور العيب يكشف عن وجوده من حين العقد .

ويسقط هذا الخيار كغيره من الخيارات بالتصرف في المبيع بعد العلم به ، ونص جماعة على انه يسقط بالتصرف وان كان قبل الإطلاع على العيب ، وجاء في بعض الروايات عن الإمام محمد الباقر (ع) ما يؤكد ذلك .

قال (ع) : ايا رجل اشترى شيئاً وبه عيب او عوار ولم ينبه عليه فأحدث فيه المشتري بعد ما قبضه شيئاً وعلم بذلك العوار وبذلك العيب ، فإنه يمضي عليه البيع ويرد عليه بقدر ما ينقص ذلك الداء من الثمن .

وقال الشيخ مرتضى وجماعة من الفقهاء : ان التصرف بعد العلم بالعيب مسقط للرد إذا كان دالاً على الرضا بالمبيع ، لأن الالتزام بالعقد كما يكون بالألفاظ يكون بالأفعال ، وربما يكون الفعل أدل على الرضا بالمبيع من القول ، كما لو صدر عن قصد والتفات إلى حال المبيع وحكمه ، اما التصرف الحاصل قبل العلم بالعيب فان كان مغيراً للمبيع بزيادة أو نقصاً ، او مغيراً لهيئته كما لو خاط الثوب وطعن الحنطة ونحو ذلك من التصرفات هذا النوع من التصرفات لا يوجب أكثر من سقوط الرد ولا بد من إرجاع التفاوت بين الصحيح والعيب ، لأن

هذا المقدار من التصرف قد يدل على الرضا بالبيع ولكنه لا يدل على الرضا بالعيب .

ولو كان التصرف من التصرفات المتعارفة التي لا توجب نقصاً في المبيع ولا تغير هيئته كركوب الدابة أو السيارة واستغلال فاتح المبيع كعلب الدابة ونحو ذلك هذا النوع من التصرفات لا يدل على الرضا بالمبيع الناقص ، ولا يعد حدثاً ليكون مشمولاً للنصوص التي نصت على سقوط الرد بالعيب فيما لو أحدث المشتري في المبيع حدثاً .

وكما يسقط هذا الخيار بالتصرف في المبيع بعد العلم بالعيب ، يسقط أيضاً فيما لو تلف المبيع أو الثمن المشتمل على العيب ، أو انتقل عن ملك مالكة يبيع أو اجارة ، أو تعلق به حق لغيره كما لو رهنه المالك ، وذلك لأن النصوص التي سوغت للمشتري ارجاع المبيع للمالكة لا تدل على جواز فسخ العقد والتراجع بالعوضين في مثل هذه الحالات ، وجاء في رواية جميل بن دراج عن أبي عبدالله الصادق (ع) :

الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً ، فقال (ع) ان كان قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن ، وان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب .

ولم تفرق الرواية بين عروض هذه الحالات على المبيع قبل علم المشتري بالعيب أو بعده .

وبما يوجب سقوط هذا الخيار حدوث عيب في المبيع في يد المشتري أو البائع .

وجمل القول في ذلك : أن العيب الحادث ، اما ان يحدث في المبيع وهو لا يزال في يد البائع ، واما ان يحدث عليه وهو في يد المشتري في زمن الخيار أو

بعد انقضائه ، فان كان قبل القبض او بعده في زمان الخيار الثابت للمشتري ، فلا يكون العيب الحادث موجباً لسقوط الخيار الثابت للمشتري بالعيب القديم ، ذلك لأنه لو حدث والمبيع في يد البائع ، يكون مضموناً عليه باعتبار ان المورد من جزئيات القاعدة المعروفة بين الفقهاء التي تنص على ان المبيع التالف قبل قبضه يتلف من مال بائعه ، وكذلك لو حدث العيب بعد القبض وقبل انقضاء الخيار الثابت للمشتري بأحد الأسباب الموجبة له ، فإن ما يعرض على البيع قبل انقضاء الخيار الثابت للمشتري يكون مضموناً على من لا خيار له وهو البائع عملاً بالمبدأ العام القاضي بأن التلف في زمن الخيار من لا خيار له . فيكون الخيار مؤكداً لحق المشتري في استرجاع الثمن ورجوع المبيع إلى ملك البائع .

ولو حدث العيب الجديد على المبيع بعد ان استلمه المشتري وبعد انتهاء الخيار الذي كان له ، فالعيب الحادث يمنع من رد المبيع بالعيب القديم عند أكثر الفقهاء الجعفرين ، ونص بعضهم على ان الفقهاء مجمعون على سقوط الخيار في هذه الحالة ، ومن الجائز ان يكون مصدر حكمهم مروية جميل بن دراج عن الإمام الصادق (ع) حيث ان الإمام (ع) لم يسوغ للمشتري الرد بالعيب القديم إلا إذا كانت العين قافة ، فإذا حدث فيها ما يوجب تغييرها كما في الأمثلة التي ذكرها الإمام (ع) يتعين حق المشتري في استرجاع التفاوت بين الصحيح والمعيب .

على ان العيب الحادث في يد المشتري مضمون عليه وحده ، فارجاع المبيع إلى البائع والحالة هذه بسبب العيب القديم يؤدي إلى الاضرار به ، ومقتضى قاعدة لا ضرر ولا ضرار عدم الزامه بفسخ العقد وارجاع المبيع اليه ، ولا يلزم من ذلك ضرر على المشتري ، لأن تضرره بالعيب السابق الذي سوغ له رد المبيع يمكن تداركه باسترجاع التفاوت بين الصحيح والمعيب عوضاً عن النقص الذي سبب له الخيار (١) .

---

١ - ولا يبعد ان يكون العيب الحادث في المقام مضموناً على البائع لانه حدث في المبيع في زمن الخيار الثابت للمشتري بمقتضى العيب السابق على العقد ، وكل نقص يطرأ على المبيع في زمن الخيار يكون مضموناً على البائع اذا كان الخيار مختصاً بالمشتري ، ولزام ذلك بقا الخيار لولا النص والاجماع الذي ادعاه بعض الفقهاء على سقوط الخيار في المقام .

وكما يسقط أحد طرفي هذا الخيار وهو فسخ العقد بالأمور التي ذكرناها  
كذلك يسقط الارش وحده ، ويبقى للمشتري الحق في فسخ العقد لا غير في  
حالتين :

الأولى منها : فيما لو كان العوضان من جنس واحد ، وقين عيب في أحدهما ،  
فيتعين حق المشتري في فسخ العقد لا غير ، ذلك لأنه لو أراد ان يسترجع منه  
مقدار التفاوت بين الصحيح والمعيب يتحقق التفاضل بين المتجانسين ، ويبع  
الشيء بجنسه مع الزيادة من أفراد الربا الذي حرمة الإسلام ( ١ ) .

الحالة الثانية : إذا لم يكن العيب موجباً لتقصان مالمية المبيع ، ففي مثل ذلك  
لا مورد للارش ، لأن الشارع قد جعل للمشتري الحق في استرجاع مقدار التفاوت  
بين الصحيح والمعيب لتدارك ضرر المشتري فيما لو كان النقص الموجود في المبيع  
موجباً لتفاوت قيمته بنظر العرف ، فإذا بقي المبيع محتفظاً بقيمته على التقديرين  
لا يثبت للمشتري هذا الحق ، وليس له في هذه الحالة إلا الفسخ أو الإمضاء بتمام  
الثمن .

ويسقط هذا الخيار بكلا طرفيه فيما لو كان المشتري عالماً بالعيب قبل العقد  
وأقدم على شراء المبيع بالثمن الذي اتفقا عليه ، لأن الخيار قد شرع لتدارك  
ضرر المشتري من حيث عدم الرضا بالمبيع المعيب ، وفي أقدامه على المعاملة  
مع علمه بالعيب دلالة على الرضا بالمبيع على ما هو عليه .

---

١ - ولذهب العلامة وبعض الفقهاء الى بقاء الخيار بكلا طرفيه في القام ، لأن التفاضل  
في بيع الشيء بجنسه إنما يؤدي الى الربا فيما لو كانت الزيادة حين العقد ، والغرض في  
القام عدم الزيادة حين الملوقة ، ولو اختار المشتري استرجاع جزء من الثمن في مقابل  
المعيب ، هذا الاختيار لا يوجب التفاضل المحرم في بيع الشيء بجنسه ، لأنه أشبه بالقرابة  
الشرعية التي حكم بها الشارع لتدارك ضرر المشتري . انظر الكفایة للشيخ مرتضى  
الانصاري .

وكما يسقط اختيار بكلا طرفيه إذا كان المشتري عالماً بجالة المبيع قبل شرائه ، كذلك يسقط أيضاً فيما لو تبرأ البائع من كل عيب في المبيع اجمالاً وتفصيلاً ، ذلك لأن الخيار انما ثبت له من حيث انه قد أقدم على المبيع معتمداً على سلامته من جميع العيوب ، فإذا نص البائع على انه غير مسؤول عن عيوب المبيع مهما كانت ، ومع ذلك أقدم عليه المشتري يكون اقدمه عليه كسفاً عن رغبته فيه مهما كانت حالته ، هذا بالنسبة إلى العيوب السابقة على العقد . أما لو تبرأ من العيوب الحادثة بعد العقد وقبل القبض التي توجب الخيار ، فقد رجع جماعة سقوط الخيار بذلك أيضاً ، لأن مرجع البرائة من العيوب المتجددة إلى اشتراط عدم الخيار للمشتري مهما طرأ على المبيع ، وأدلة اوفاء بالشروط تدل على لزوم هذا الشرط بالنسبة إلى المشتري ، ولازم ذلك سقوط الخيار الثابت له لولا هذا الشرط .

وتوقف فريق من الفقهاء في سقوط الخيار بمثل ذلك ، لأن التبري من العيوب المستعددة يرجع إلى إسقاط الشيء قبل وجوده .

ومهما كان الحال فرجع التبري من العيوب إلى عدم ترتيب الآثار الثابتة للعيوب من حيث ذاته لولا التبري منه ، ومعلوم ان الآثار الثابتة للعيوب إذا لم يتبرأ منها البائع هي الخيار بكلا طرفيه ، أما الآثار الأخرى التي تترتب على وجود العيب ، كما لو تلف المبيع بهذا العيب قبل ان يقبضه المشتري أو بعد قبضه ولكن في زمن خياره ، فإنه فيه يكون مضموناً على البائع ولو تبرأ البائع من عيوب المبيع ، وذلك لأن ضمان البائع للمبيع فيما لو تلف قبل القبض أو في زمن الخيار الثابت للمشتري ليس من آثار وجود العيب فيه حين العقد ليكون التبري من العيب رافقاً له ، وانما هو للقاعدتين المعروفتين بين الفقهاء ، وهما قاعدة « التلف قبل القبض من مال البائع » وقاعدة « التلف في زمن الخيار بمن لا خيار له » ولولهما كان الضمان من المالك .

وعمل القول : ان التبري من العيوب لا يرفع غير الخيار ، أما ما يحدث على



المبيع بواسطة العيب كالتلف وشبهه فلا يرتفع بالتبري كما ذكرنا .

ويسقط الخيار بكلا طرفيه أيضاً إذا ارتفع العيب قبل علم المشتري به أو بعده لعدم الموجب لهذا الخيار ، حيث أنه لا يلزم من إلزام المشتري بالوفاء بالعقد اضرار في حقه ، هذا بالإضافة إلى أن النصوص التي شرعت هذا الخيار يستفاد منها اعطاء المشتري هذا الحق في حال كون المبيع متلبساً بالعيب ، فإذا زال عنه العيب لا يكون مشمولاً لتلك النصوص .

ورجع الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب استحقاق المشتري للتفاوت بين الصحيح والمعيّب في هذه الحالة ، لأن المشتري قد استحق عليه التفاوت من حيث وقوع العقد على المعيب فإذا تحسن المبيع بعد ذلك وزال عنه العيب ، فلا يرجب براءة ذمة البائع من الأرض الذي ثبت له أولاً ، ووصف الصحة الذي طرأ على المبيع لم يحدث في ملك البائع ليكون موجباً لعدم استحقاق المشتري للأرض وإنما حدث في ملك المشتري فهو كغيره من المنافع التي تتجدد في ملكه ، ولكن الشيخ الانصاري بعد أن قرب استحقاق المشتري للأرض بما يرجع إلى ما ذكرناه ، تردد في اعطاء النتيجة النهائية متخوفاً من مخالفة هذا التفصيل للاجماع ، وأضاف إلى ذلك : ولم اجد من تعرض لهذا الفرع قبل العلامة الحلي أو بعده ، نعم هذا داخل في فروع القاعدة التي اخترعها الشافعي ، وهي ان الزائل المائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد ، وقد عرفت مراراً ان المرجع في ذلك هو الأدلة ولا منشأ لهذه القاعدة (١) .

ومهما كان الحال فالمشتري يستحق الأرض بمجرد العقد على المعيب ، لأجل تملك ضرره ، ولأن وصف الصحة منظور اليه بعين الاعتبار عند العرف ، فإذا زال العيب فقد تجدد هذا الوصف في ملك البائع بعد أن استحق المشتري على

---

١ - انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري مبحث خيار العيب ومسقطاته .

البائع شيئاً من الثمن في مقابل العيب إذا لم يبادر إلى فسخ العقد ، ومعنى ذلك ان التفاوت بين الصحيح والمعيب يستحقه المشتري على البائع بمجرد العقد على شرط ان يبقى ملتزماً بالعقد ولا تبرأ ذمة البائع منه بمجرد زوال ذلك العيب .

وبجمل القول ان الفقهاء قد توسعوا في مسقطات هذا الخيار وأطالوا الحديث حولها وتعرضوا لما يسقط به الرد وحده والارش وحده وامتنعوا جميع الآراء حول هذه المواضع ، ونكتفي بما ذكرناه من المسقطات باعتبار انها تعبر عن آراء أكثر الفقهاء ، ويستطيع الباحث بعد الاطلاع عليها والاحاطة بها ان ينظر من خلالها إلى المبدأ العام الذي يعتمد عليه الجعفيون في هذه المباحث ، ويكون منها فكرة عن هذا الخيار ومشتقاته .

وبما لا بد من التنبيه عليه ، ان النصوص التي تعرضت لثبوت هذا الخيار وبعض احكامه لم تعرض لماهية العيب ، ولا لبيان حقيقته ، ولازم ذلك أن يكون الشارع قد ترك الأمر من هذه الناحية إلى العرف كما هو الحال في جميع الموارد التي رتب فيها احكامه على الموضوعات الخارجية إذا لم يتعرض لبيانها كما وكيفا ، ولأجل ذلك لا بد لنا في المقام من تحكيم العرف والرجوع اليه في موارد الاستنباه والتردد، ولا يبعد ان يكون الضابط الكلي الذي يقره العرف هو ان العيب الموجب للخيار عبارة عن النقص او الزيادة في المبيع نحو يكون موجبا لنقص ماليته في عرف التجار كما نص على ذلك العلامة الحلي في التحرير والقواعد من غير فرق ان يكون النقص يسيراً أو فاحشاً ، وقد أطال الفقهاء الحديث عن العيب وتعددده وجاء في رواية محمد بن مسلم عن الإمام الباقر (ع) ما يشعر بأنه عبارة عن مطلق الزيادة او النقص ، حتى ولو لم توجد نقصاً في مالية المبيع (١) . ولكن أكثر الفقهاء لم يلتزموا بأن العيب الذي لا يوجب نقصاً في مالية المبيع

---

١ - فلقد جاء في مروية محمد بن مسلم عنه انه قال : كل ما كان في اصل النقصه فزاد او نقص فهو عيب .

يسوغ للمتعاقدين فسخ العقد او الالتزام به واسترجاع شيء من الثمن في مقابل العيب (١) .

وقد توسع الفقهاء في الفروض المتصورة في مورد النزاع والتغاصم بين المتعاقدين في أسباب هذا الخيار ومسقطاته ، ولا يعنينا استقصاء جميع ما ذكره في المقام ، ولكن الذي يجب ان لا يفوتنا هو الاشارة إلى الاصول العامة التي اتبعها الجعفريون في فقههم لحل هذا النوع من الخصومات وسيبين ذلك من الامثلة التالية :

لو اختلفا في أصل وجود العيب في المبيع فانكره البائع وادعاه المشتري ، او اختلفا في ان الموجود فيه عيب ام لا ، فالمشتري بوصفه مدعياً عليه ان يثبت ادعائه بالبينة الشرعية ، وعلى البائع بصفته منكرأ لوجود العيب في المبيع عليه ان يحلف اليمين الشرعية على عدم وجوده فيما لو تعذر على المشتري ان يثبت ادعائه .

لو اتفقا على وجود العيب في المبيع ولكن المشتري قد ادعى تقدمه على العقد ، وادعى البائع حدوثه بعد العقد ، فالبينة على المشتري ، وعلى البائع اليمين فيما لو تعذر على المشتري ان يثبت ادعائه ، وهذا من غير فرق بين العلم بتاريخ حدوث العيب والجهل بتاريخ العقد ، وبين عدم العلم بتاريخ حدوث العيب ، لأن مدعي تأخر حدوث العيب إلى ما بعد القبض قوله هذا موافق لاصالة اللزوم في العقود ومدعي التقدم وهو الطرف الآخر يدعي ذلك ليكون له الحق في فسخ العقد واسترجاع الثمن .

لو تنازع البائع والمشتري في ان المبيع الذي تعاقدوا عليه ، هل هو المعيب أو غيره ، فادعى المشتري ان المبيع هو المعيب الذي بيده ، وادعى البائع أن

---

١ - انظر مكاسب الإنصاري مبحث خيار العيب ، والتاجر من الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي .

المبيع غيره ، فالمشتري هو المدعي المكلف بالاثبات لأنه يحاول في هذه الدعوى فسخ العقد ، والبائع هو المنكر ، لأن في ادعائه ينكر ان يكون المبيع مبيعاً .

ولو اتفقا على وجود العيب في المبيع ، واختلفا في ان المبيع هو الذي يحاول المشتري رده بالعيب أو غيره ، فادعى المشتري ان المبيع هو الذي بيده وانكره البائع مدعياً انه غير الذي بيد المشتري ، فعلى المشتري أن يثبت بالبينة الشرعية ان العقد وقع على العين التي في يده ، وإذا تعذر عليه ذلك فعلى البائع اليمين ، لاصالة عدم وقوع العقد على هذه العين التي بيد المشتري . إلى غير ذلك من الامثلة التي ذكرها الفقهاء في المقام ، ومن ذلك تبين ان المبدأ العام المتبع في حل هذه الخصومات وأمثالها يتألف من بينة المدعي وعين المنكر ، فالذي يدعي وجود العيب ويطلب من الطرف الآخر شيئاً أو يحاول حل العقد ، عليه أن يثبت السبب السوخذ له ابطال العقد ، والطرف الآخر الذي يتمسك بالمعاملة عليه أن يحلف اليمين الشرعية على نفي السبب الذي يدعيه المدعي .

وأحسن التصاريض للمدعي والمنكر واجمعها ، هو ان المدعي من لو ترك ادعائه لا يطالب بشيء ، والمنكر هو الذي لو ترك لا يترك الطرف الآخر ويبقى مسؤولاً تجاهه ، وعليه فيكون المدعي لوجود العيب هو المسؤول عن البينة ، لأنه لو ترك لا يطالب الطرف الآخر بشيء ، والطرف الثاني هو المنكر ، لأنه لو ترك الخصومة لا يترك الطرف الاول ولا يجديه انكاره إلا إذا عجز للمدعي عن تقديم البينة ، وعليه في هذه الحالة أن يحلف اليمين الشرعية في مجلس القاضي الجامع لشروط القضاء .

والظاهر ان هذا الحيار متفق عليه بين فقهاء المذاهب الاربعة ولا خلاف بينهم في أصل وجوده ، كما وان الخلاف بينهم في تحديد العيب لا يتخطى الخلاف الواقع بين الجعفرين فيه .

قال الدكتور محمد يوسف : هذا النوع من الحيار الثابت بشرط المتعاقدين

دلالة على ان سلامة موضوع العقد مطلوبة للعقد وان لم ينص عليها صراحة، فصارت لذلك كأنها مشروطة ، ومن ثم شرع هذا الخيار الذي يوجب للمشتري في عقد البيع رد المبيع إذا وجد فيه عيباً له خطره ولا يتسامح فيه عادة .

والشروط التي بقلناها عن الجعفرين بالنسبة لهذا الخيار متفق عليها بين فقهاء السنة ، كما وان الاسباب التي تمنع من رد المبيع بالعيب عند الجعفرين بعينها تمنع من رده في فقه السنة ، وقد عددوا منها رضا المشتري بالمبيع المعيب بعد علمه به ، واسقاط الخيار ، وهلاك المبيع في يد المشتري ، وحدوث عيب فيه وتصرّفه فيه تصرفاً مخرجاً له عن ملكه ، وزيادة الحل في يد الممتلك زيادة متصلة غير متولدة على حد تعبيرهم (١) .

ومهما كان الحال فإذا اجتمعت الشروط التي لا بد منها في هذا الخيار ثبت للمشتري الخيار بين فسخ العقد والالتزام به بنجام الثمن، وليس له المطالبة باسترجاع شيء من الثمن لو اختار الالتزام بالعقد من غير فرق بين أصناف المبيع وأنواع العيوب، لأن مرجع العيب إلى فوات وصف المبيع ، والاصناف لا يقابلها شيء من الثمن .

وقال المالكية إذا كان المبيع عقاراً أو كان العيب كبيراً تخير المشتري بين

---

١ - والمراد من الزيادة المتصلة هي ما لو قطع المشتري الثوب أو خاطه أو صبغته أو غير الدقيق أو اصناف له شيئاً من الطوى ونحو ذلك من الزيادات والمنفصلة المتولدة كالولد والشجرة وغير ذلك ، وتقدر الرد متنعهم في مثل ذلك ليس بسبب من المشتري ، بل بسبب شرعي ، ذلك لأنه بالنسبة إلى الزيادة المتصلة لا يمكن الفسخ بدون الزيادة ، ولا يمكن ان يكون معها لانه إنما يرد على محل العقد والزيادة لم تدخل في محل العقد ولا يمكن تركها للبائع لزوم الرضا والزيادة المنفصلة تمنع من الرد لسبب شرعي وهو لزوم الرضا سواء تركها لنفسه أو للبائع .

الفسخ والاتزام بالعقد ، وليس له المطالبة بشيء من الثمن ، وإن كان سيراً  
يتمتع على البائع ان يدفع له ما يقابل العيب ، وليس للمشتري الفسخ في هذه الحالة (١)

وعندما يسقط الخيار لسبب من الاسباب التي ذكرناها ، فإن كان السبب  
من فعل المشتري كما لو تصرف في العين المعيبة تصرفاً مطلقاً أو مغيراً لهيتها  
ونحو ذلك فليس له ان يرجع على البائع بشيء من الثمن ، وإن كان بسبب البائع  
أو باقعة مماوية ونحو ذلك ، فله أن يرجع على البائع بمقدار من الثمن في مقابل  
التقص الموجود في المبيع .

وقال المالكية أيضاً إذا باع او رهن أو أجر ونحو ذلك من التصرفات ، فإن  
كان ذلك منه قبل العلم بالعيب لا يسقط خياره ، بل يبقى موقوفاً فإن عادت العين  
لملكه ثانية ، ولو بسبب ارجاع المشتري الثاني لها بفسخ ونحوه ، تعود الحياة إلى  
خيار المشتري الاول وله ان يفسخ العقد ويردها إلى البائع ، ولو دخلها خلال هذه  
المدة عيب جديد وهي في ملكه وأراد أن يردها عليه مع هذا العيب ، فعليه أن  
يرده على البائع الاول ارش العيب الجديد. أما إذا تصرف بهذا النوع من التصرفات  
ونحوه بعد العلم بالعيب يسقط خياره ولا يرجع على البائع الاول بشيء .

ويدعي الحنابلة ان جميع التصرفات المملوكة توجب سقوط الخيار سواء كانت  
قبل العلم بالعيب أم بعده ، نعم إذا وقعت منه قبل العلم بالعيب له أن يرجع على  
البائع بمجزء من الثمن في مقابل العيب (٢) .

والرأي الفقهي المشهور بين فقهاء الجفرين : ان التصرف الواقع بعد العلم  
بالعيب إذا كان دالاً على الرضا بالمبيع كما هو عليه يوجب سقوط الخيار ، وإذا وقع  
من المشتري قبل العلم بالعيب ، وكان مغيراً للعين بزيادة أو نقصان ، أو كان ناقلاً

١ - انظر بداية المجتهد لابن رشد .

٢ - انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات للدكتور محمد يوسف ص ٤٨٤ .

لها عن ملكه بأحد النواقل اللازمة أو الجائزة ، أو نحو ذلك مما يمنع من إرجاع المبيع للبائع هذه التصرفات توجب سقوط الخيار بمعنى أنها تمنع من فسخ العقد وإرجاع المبيع إلى مالكة الأول ، ويبقى للمشتري مع ذلك الحق في الرجوع عليه بالتفاوت بين الصحيح والمعيب .

والمبدأ العام المتبع في ذلك : أن المبيع إذا كان قائماً بعينه ، فلمشتري الحق في فسخ العقد وإبقائه مع الرجوع على البائع بالتفاوت ، وإن لم يكن قائماً بعينه يسقط حقه في الفسخ وإرجاع المبيع ، وله أن يرجع على البائع بالتفاوت (٢) .

وقد ذكرنا أن بين فقهاء الجعفريين من يدعي أن التصرف بهذا النحو من التصرفات بعد العلم بالمعيب مسقط للخيار بكلا طرفيه الرد والارس .

---

٢ - وقد اعتمد الفقهاء في ذلك على رواية جميل بن دراج عن الإمام الصادق (ع) وجاء فيها : أن كان المبيع قائماً بعينه رده على صاحبه واسترجع الثمن ، وإن كان قد قطع أو خيف أو صبغ رجع عليه بتقصص العيب لا غير .

## الفصل الخامس

### في الشروط

٤٨

لقد تعرض الفقهاء لأحكام الشروط من حيث وجوب الوفاء بها وعدمه ، ومن حيث ان أحد المتعاقدين إذا التزم بالشروط وقنع عن تنفيذه هل يوجب ذلك خلافاً في العقد الذي هو عبارة عن محل الشرط أم لا ؟ وقد ذكرنا في خلال المباحث السابقة ان الشروط التي يجب الوفاء بها هي عبارة عن الالتزامات التي يرتبط بها المتعاقدان في عقد من العقود ، أما الشروط الابتدائية على حد تعبير الفقهاء وهي التي لا ترتبط بالعقود ، هذا النوع من الشروط لا يجب الوفاء به بإجماع الفقهاء ، ولو افترضنا ان الأداة التي تنص على وجوب الوفاء بالشروط تشمل بعمومها هذا النوع من الشروط ، لو افترضنا ذلك يكون الاجماع مخصصاً لتلك العمومات ، ونتيجة تخصيصها بالاجماع الإقتصار على خصوص الشروط التي يلتزم بها المتعاقدان في العقود اللازمة ، هذا بالإضافة إلى ان الشروط الابتدائية التي لا ترتبط في عقد من العقود خارجة موضوعاً عن تلك العمومات .

ومما كان الحال فالشروط التي يجب الوفاء بها لا بد وان تتوفر بها الأمور التالية :

الأول : ان يكون مقدوراً للمتعاقدين أو لأحدهما بنحو يكون الشروط



عليه متمكناً من إيجاد الشروط اما ابتداء وبلا واسطة كما لو اشترط عليه ان يبيعه او يهبه شيئاً ونحو ذلك من الأفعال المقدورة مباشرة ، واما ان يكره مقدوراً له بالتسيب كما لو اشترط عليه ان يملكه شيئاً ، فإن التملك مقدور للشروط عليه بالقدرة على أسبابه كالمبة والبيع ونحو ذلك من موجبات التملك ، ومن أمثلة ذلك ما لو اشترط عليه ان يكون العبد كاتباً والداية حاملاً وغير ذلك مما يرجع إلى اشتراط حفة خاصة في المبيع لأن تسليم المبيع المتصف بهذه الصفات مقدور لمن ألزم نفسه بهذا الشرط .

أما إذا لم يكن متمكناً منه كما لو اشترى الزرع بشرط ان يجعله سنبلاً ، والغنم بشرط ان تكون ولوداً ونحو ذلك مما لا يدخل تحت سلطنته سواء كان الشروط صفة او عملاً خارجياً كما لو اشترط عليه ان يطير في الفضاء فلا يصح الشرط في مثل ذلك لكونه خارج عن امكانيات الخلق ، وقال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب : ومن افراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعاً على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط ، كما لو اشترط في العقد ان تكون فلانة زوجة له وان تكون امرأته مطلقة وان يكون البستان ملكاً له ونحو ذلك بنحو لا يرجع هذا الشرط الى اشتراط إيجاد السبب ، وذلك لأن الزوجية والطلاق والتمليك والحرية وغير ذلك مما يرجع إلى شرط للنتيجة أي المسببات لا يدخل في مقدور الانسان إلا بالاسباب الشرعية التي اعتبرها الشارع اسباباً لهذه الامور ، لذا فان اشتراطها لا يصح إلا إذا رجع الشرط إلى إيجادها بالاسباب المتعارفة .

الثاني : ان يكون المشروط مباحاً بنظر الشرع ، فلو اشترط احد المتعاقدين على الآخر ان يقامروا يشرب الخمر ، او باعه العنب واشترط عليه ان يضعه خمرأ لا يصح الشرط ولا يجب الوفاء به كما جاء في النص المروي عن الرسول (ص) . المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً وحرم حلالاً .

بالإضافة الى غيره من النصوص الكثيرة التي تؤكد اعتبار هذا الشرط .

على أن المنوع عنه شرعاً يصبح بسبب المنع عنه خارجاً عن سلطة المكلف من ناحية التشريع فلا يكون مقدوراً للشروط عليه ، وقد ذكرنا أن القدوة التي لا بد منها في التكليف نعم الشرعية والعقلية ، ولذا فإن بعض الفقهاء لم يعتبر إباحة الشروط شرطاً مستقلاً في مقابل الشرط الأول وعدا المنوع منه شرعاً من امثلة غير المقدور (١)

الثالث من الشروط أن لا يكون المشروط مخالفاً للكتاب والسنة كما جاء في بعض المرويات عن الرسول والأئمة (ع) قال (ص) : ما بال اقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، فما كان من شرط اليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل قضاء الله احق وشرطه اوثق .

وفي بعض المرويات عن علي (ع) انه قال : من شرط لإمرأته شرطاً غليظ لها به ، فإن المسلمين عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او اصل حراماً .

وروى محمد بن قيس عن الإمام محمد الباقر (ع) انه قال : من تزوج امرأة واشترطت عليه أن يبدها الجماع والطلاق فقد خالفت السنة ووليت حقاً ليست اهلًا له ، وعليه الصداق ويده الجماع والطلاق .

ومن امثلة الشرط المخالف للكتاب والسنة ، ما لو اشترط احد المتعاقدين في العقد أن يكون الاجنبي وارثاً له ، واشترط أن يكون وارثه محروماً من الميراث وأن يكون الانسان الحر عبداً بملوكاً ، وأن تكون زوجته مطلقة لو تزوج عليها ونحو ذلك من الامثلة المخالفة لكتاب الله وسنة رسوله (ص) .

والضابط الكلّي الذي يمكن الرجوع في تمييز المخالف للكتاب والسنة عن غيره ،

---

١ - انظر منية الطالب في شرح المذهب ص ١٠٢ .

ان المشروط اما ان يكون من نوع الوضعيات التي جعلها الشارع للانسان وترك له حرية التصرف بها كالحيازات ، وحق الشفعة ، وحق التصرف في أمواله بالهبة والبيع والشراء ونحو ذلك ، واما ان يكون من الأحكام كما لو اشترط ترك واجب او فعل حرام او مكروه او ترك أمر مرغوب فيه بنظر الشارع ، وقد يكون المشروط من الأمور التي جعلها الشارع ولم يترك للانسان الحق في التصرف فيها ، مثل كون الولاء لمن اعتق وولد الحر حر ، والطلاق بيد الزوج وأمثال ذلك بما وضعه الشارع ولم يجعل له حرية التصرف فيه كما يشاء .

فما كان من نوع الوضعيات التي جعلها الشارع وترك للانسان الحرية في التصرف والاختيار هذا النوع من المجموعات الشرعية لا اشكال بصحة الشروط بالنسبة اليها ووجوب تنفيذها ، إلا إذا نص الشارع على المنع عن بعض التصرفات وحده من صلاحية الانسان بالنسبة اليها ، كما بالنسبة لبيع العنب للتخمير ، وبيع السلاح لقتال المسلمين ونحو ذلك مما يستعمل لغاية محرمة ، فاشترط أمر من هذا النوع بخالف الكتاب والسنة من حيث وجود النص الناهي عن مثل هذه التصرفات ، ولولا ذلك لغلنا بصحة هذه التصرفات بمقتضى الأدلة القاضية بجواز تصرف المالك في ملكه بكل نحو من أنحاء التصرف .

وما كان من الشروط متعلقاً بترك واجب او فعل محرم ، يكون باطلاً من حيث مخالفته للكتاب والسنة القاضيين بالتحريم او الوجوب لأن أدلة التحريم والوجوب باطلاً شاملة لصورة اشتراط ترك الواجب وفعل الحرام ، وأدلة الشروط لا تصلح لإلغاء الأحكام الثابتة لتلك الأفعال ، لأنها متبعة الى ما هو مشروع بذاته ، فلا بد من احراز موضوعها في المرتبة الأولى ، هذا بالنسبة الى الافعال المحكومة بالوجوب او التحريم ، اما اذا كان الشرط متعلقاً بترك المباح او فعله ، فلا التزام بالفعل او الترك الناتج من الشرط لا يخالف الكتاب ولا السنة ، لأن وجوب الفعل او حرمة بالعرض لا يتنافى مع اباحته الذاتية .

وقد أشكل في منية الطالب على اشتراط ترك المباح او فعله بما حاصله ان الالتزام بترك المباح يلزمه ان يكون المباح محرماً ، كما وان الالتزام بفعله يلزمه ان يكون واجباً ، فيكون الشرط محرماً للحلال ، فبا لو اشترط عليه الترك ، وملزماً بالمباح فبا لو اشترط عليه الفعل فتحصل المخالفة للكتاب والسنة .

وأجاب عن ذلك بأن اشتراط الفعل او الترك إذا كان راجعاً إلى الالتزام بفعله دائماً وأبداً او يتركه مطلقاً وفي جميع الحالات ، فلا يبعد ان يكون هذا النوع من الاشتراط مخالفاً للكتاب والسنة ومحرماً للحلال .

وجاء في بعض النصوص ما يؤكد حرمة الحلف على ترك العصير المباح دائماً ، وهذه المناسبة قال الإمام (ع) : « ليس لك ان تحرم ما أحله الله لك » . وان كان الالتزام بترك المباح راجعاً إلى ترك مصداق منه او ترك طبيعته ولكن في جزء من الزمن ، فلا يكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة ، لأن ترك المباح في جزء من الزمن ليس تحريماً للمباح ، وكذلك الحال بالنسبة إلى الإلتزام بترك فربه منه او فعل فربه منه .

وجعل القول انه إذا كان موضوع الشرط مصداقاً من المباح ، او نوعاً منه في براءة الزمان لا يكون الشرط محرماً للحلال ولا مخالفاً للكتاب والسنة ، وان كان متعلقاً بنوع المباح مطلقاً وفي جميع الأزمنة والحالات ، كما لو اشترط البائع على المشتري في العقد ان لا يتزوج او اشترط عليه ان لا يشرب العصير ، هذا الشرط يتنافى مع الاباحة المطلقة ويخالف الكتاب والسنة ، بدليل قول الإمام عليه السلام : « ليس لك ان تحرم ما أحله الله لك » .

هذا كله فيما لو تبين حال الفعل موضوع الشرط من حيث انطباق أحد العناوين المقدمة عليه ، ومع التردد في ذلك فلو تعلق به الشرط وحصل لنا التردد في صحته وعدمها فقد رجح الشيخ مرتضى في مكاسبه الرجوع إلى استصحاب

عدم المخالفة للكتاب والسنة ينمو يكون المستصحب العدم السابق لوجود الموضوع ، والاستصحاب بهذا المعنى مرجعه إلى استصحاب العدم الأزلي المعروف عند الأصوليين الجعفرين .

وهذا النوع من الاستصحاب قويل بهجوم عنيف من جانب فريق من الأصوليين من حيث أن التعبد بالبناء على بقاء المشكوك إلى الزمن المتأخر لقسا يصح باعتبار الآثار الشرعية المترتبة على المستصحب ، والعدم الأزلي السابق على وجود الموضوع لم يكن موضوعاً لأي أثر من الآثار الشرعية ، وموضوع الأثر الشرعي في المقام هو العدم النعني على حد تعبير الأصوليين ، أي العدم العارض على الموضوع ، والشرط بهذا المعنى ليس مسبقاً بالعدم ، لأنه أما أن يوجد مخالفاً للكتاب والسنة أو غير مخالف لهما .

نعم لو وجد الشرط في زمان غير مخالف للكتاب والسنة ، وحصل لنا التردد في مخالفته لهما في الزمن المتأخر ، فاستصحاب عدم المخالفة للكتاب والسنة هو المتعين في ذلك لان المستصحب مسبق بالعدم .

ومجمل القول أن العدم السابق على وجود الموضوع ليس موضوعاً للأثر الشرعي ، والعدم يلحظ كونه وصفاً للموضوع ليس له حالة سابقة ، لأنه أما أن يوجد مخالفاً للكتاب والسنة أو غير مخالف لهما ، وعليه فالمتعين في مقام التردد في مخالفة الشرط للكتاب وعدمها الرجوع إلى احالة عدم كون المشروط عليه ملازماً بالشرط (١) .

الشرط الرابع أن لا يكون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد ، وتفصيل ذلك أن الآثار المترتبة على العقد، منها ما يقتضيها العقد بذاته ينمو يكون تجريد العقد عن ذلك الأثر مستلزماً لتجريد العقد عن مدلوله والنفاء للعقد من أساسه كما لو باع

---

١ - انظر منية الطالب ص ١٠٦ و ١١١ .

المالك واشتروط على المشتري ان لا يملك ، او ان لا يتصرف في المبيع بأي نحو من أنحاء التصرفات والانتفاعات .

ومنها ما يقتضيه العقد بإطلاقه وعدم تقييده بما يدل على تجريده منها كالتسليم والتسليم ، وكون الثمن نقداً ، وكونه بالنقد الغالب في البلد الذي تم فيه العقد وغو ذلك من الآثار .

ومنها ما يكون من نوع الأحكام المجهولة للمتعاقدين او أحدهما كخيار الحيوان وخياري المجلس والرؤية وغير ذلك من الخيارات الثابتة بالجعل الشرعي في الموارد المختلفة .

فما كان من النوع الأول بما يقتضيه العقد من حيث ذاته ، والتي ترجع إلى المدلول المطابقي للعقد ، هذه المقتضيات إذا اشترط أحد المتعاقدين عدمها في العقد ، يكون الشرط منافياً ومناقضاً للمدلول المطابقي من العقد ، ولازم ذلك اما بطلان العقد والشرط معاً ، واما بطلان الشرط وحده ، لأن العقد مقصود أولاً بالذات والشرط تابع له ، ولو بني على صحة هذا النوع من الشروط يلزم تجريد العقد عن أبرز خواصه وآثاره والغناء المعامة في بعض الفروض ، كما لو اشترط عليه ان لا يملك او لا يتصرف في المبيع بكل نوع من أنواع التصرفات .

وما كان منها ثابتاً للعقد من حيث إطلاقه وعدم تقييده بخلافها كالأثار الثابتة للعقد من حيث ان العرف العام او الجمل الشرعي قد اعتبر تلك الآثار متوتبة على العقد ومن مقتضياته ، فالشرط المخالف للعقد من هذه الناحية لا يتنافى مع المدلول المطابقي للعقد ، ولا يلزم منه تجريد العقد عن آثاره ، ذلك لأن تلك الآثار لما كانت ثابتة للعقد من حيث عدم تقييده بما يخالفها ، فإذا ارتفع الاطلاق بسبب الشرط لا يبقى موضوع لتلك الآثار والمقتضيات ، وليس في النصوص الفقهية ما يشير إلى الخلاف بين الفقهاء في ذلك ، ولما اختلف الواقع بينهم فيها

يتعلق بهذا الشرط يرجع إلى تشخيص تلك الآثار وانها من أي النوعين هي، وعلى أساس ذلك يحكم بعضهم بصحة بعض الشروط بحجة انها لا تخالف مقتضى العقد، ويحكم آخرون بفسادها بعينها لأنها مخالفة لمقتضاه، وقد أورد الشيخ الانصاري في مكاسب الأمثلة التالية من الشروط التي اختلف الفقهاء في صحتها :

الاول: لو اشترط البائع على المشتري ان لا يبيع المبيع، ونص على ان المشهور بين الفقهاء فساد هذا الشرط لأنه يخالف لمقتضى العقد .

لو اشترط المعير على المستعير والمؤجر على المستأجر ضمان العارية والعين المستأجرة، وقد نص على ان المشهور بين الفقهاء صحة الشرط بالنسبة إلى العارية وفساده في الإجارة وحجبتهم في ذلك ان عقد الإجارة يقتضي عدم الضمان فيها، فاشتراط عدمه يكون منافياً لمقتضى العقد، وعقد العارية يقتضي عدم الضمان بمقتضى اطلاقه فاشتراط الضمان فيها لا يتنافى إلا مع اطلاق عقد العارية، وفي مقابل ذلك رجح جماعة صحة الشرط في الموضعين، لأن العقد من حيث ذاته وبالنظر إلى مدلوله المطابقي لا يقتضي الضمان ولا عدمه، وعدم الضمان فيها مستفاد من اطلاق عقديهما وعدم تقييدهما بوجوب الضمان .

لو اشترطت الزوجة على الزوج أن يسكنها في بلدها، فقد نص جماعة على فساد هذا الشرط ومنهم فخر الدين في الايضاح (١) واحتج لذلك بأنه يخالف لمقتضى العقد، لأن مقتضى عقد النكاح تسلط الزوج على زوجته في الاستمتاع والاسكان وغيرهما مما يرجع إلى شؤون الزوجية .

لو اشترط أحد الزوجين في العقد المنقطع التوارث بينهما، فقد أبطله جماعة

---

١ - أحد فقهاء الشيعة في القرن الثامن ويسرف بفخر المحققين وهو محمد بن الحسن بن يوسف بن المظهر الحلي، وكان والده العلامة يعقوب ويشني عليه، وقد امره بالتمام ما بقي لوالده من كتبه، والمعروف منه انه بلغ مرتبة الاجتهاد قبل ان يصل الى سن البلوغ توفي سنة ٧٧١ هجرية .

لأنه مخالف لمقتضى العقد، وأجازه آخرون لأن المقتضى لعدم التوارث هو إطلاق العقد وعدم تقييده بما يخالف هذا الإطلاق ، إلى غير ذلك من الامثلة التي أوردها الشيخ في مكانه كشاهد على اختلاف الفقهاء في تشخيص مقتضيات العقود وتمييزها عن مقتضيات إطلاقها ، ويمكن التفرقة بينها بالاضافة إلى ما ذكرناه أولاً بالتقريب التالي :

وهو أن مقتضيات العقود ثارة تكون مقصودة للمتعاقدين أولاً بالذات بنحو يدل عليها العقد مطابقة كتمليك الأعيان في عقد البيع والمنافع في عقد الإجارة ، والاستمتاع في عقد الزواج ونحو ذلك ، وأخرى تكون من مداليل العقد التزاماً مثل كون الثمن بنقد البلد ، وكون المبيع سالماً من العيوب وجوب التسليم والتسليم والتعميل في الثمن إلى غير ذلك مما يقتضيه العقد بواسطة الظروف والملازمات التي تحيط للمتعاقدين وتقترب بالعقد الواقع بينهما ، فإن كان مرجع الشرط إلى عدم حصول المبادلة بين المالكين ، أو إلى عدم التملك في المعاوضات المفيدة للملك ، يكون الشرط منافقاً لمدلول العقد ، وذلك كما لو اشترط عدم الثمن في عقد البيع وعدم الاجرة في عقد الاجارة لأن حقيقة البيع المبادلة بين المالكين ، وحقيقة الاجارة هي عليك المنفعة بالمال فتجريد البيع والاجارة عن هذا المعنى يرجع في واقع الامر إلى المتعاضة بين مدلول العقد والشرط .

ومن ذلك ما لو كان مفاد الشرط سلب جميع الآثار المترتبة على العقد ، لأن تجريد العقد عن جميع آثاره يؤدي بالنتيجة إلى أن العقد لغو لم يصدر من المتعاقد بقصد الانشاء والمبادلة بين المعوضين .

وان كان الشرط متعلقاً ببعض الآثار والمقتضيات الخارجية عن مدلول العقد ، كما لو اشترط عليه أن لا يبيع المبيع ، أو اشترط عليه أن يوفقه أو يهبه ، أو اشترطت الزوجة على زوجها أن لا يطنها ، أو اشترط البائع نقداً خاصاً غير النقد الشائع في البلد ونحو ذلك . هذا النوع من الشروط التي يقتضيه العقد بإطلاقه لا يلزم منها إلغاء العقد ولا تجريده عن الآثار المقصودة منه ، فإن العقد انما كان



مقتضى هذه الامور بواسطة اطلاقه وعدم تقييده بما يخالفها ، فاذا جاء الشرط برفع الاطلاق المنتج لهذه الآثار ونحوها .

وفى مختص بالآثار الشرعية الثابتة للعقد عليه من حيث كونه ملكاً للعائد كالسلطنة التي أقرها الشارع بالنسبة للمالك ونحوها ، هذا النوع من الآثار ليس من مقتضيات العقود وانما هو آثار ملكية الانسان للمال من أي ناحية حصل التملك ، فلو اشترط البائع على المشتري ان لا تكون له السلطنة على المبيع ، لا يصح منه هذا الشرط لا من جهة انه يخالف لمقتضى العقد ، بل لأنه يخالف للنصوص التي أثبتت له السلطنة من الكتاب والسنة ، هذا إذا رجع الشرط إلى تجرييد المالك عن سلطنته على ملكه من جميع الجهات ، وان كان مقاده تحديد سلطنة المالك وقصرها على بعض التصرفات ، كما لو اشترط عليه ان لا يبيع المال الذي تعاقدنا عليه ، وان لا يهبه إلى أحد ونحو ذلك ، هذا النوع من الشروط لا يخالف مقتضى العقد ولا نصوص الكتاب والسنة ، لانه لا يسلب للمالك السلطنة المطلقة الثابتة له ، بل يصرها إلى ناحية خاصة من انحاء التصرف .

ومن أمثلة هذا النوع من الشروط ما لو اشترطت الزوجة على زوجها أن يسكنها في محل معين ، لأن عقد الزواج لا يقتضي أكثر من استمتاع كل من الزوجين بالآخر ، وتسلط الزوج على اسكان زوجته في أي محل أراد من الحقوق المصولة له ، فاذا اشترطت عليه في العقد والتزم بهذا الشرط ، يكون التزامه به اسقاطاً لهذا الحق الذي جعله له الشارع . أما الآثار الشرعية المترتبة على العقد كالحجرات المصولة من قبل الشارع للعاقدين أو لأحدهما ، فلو اشترط أحدهما على الآخر ان لا يكون له الخيار في فسخ العقد ، يصح منه هذا الشرط ، لانه يرجع إلى اسقاط حق من الخيار الثابت له بالجعل الشرعي . نعم لو كان الشرط راجعاً إلى عدم ثبوت هذا الحق للمتعاقدين لا يصح منها لانه يخالف للنصوص الدالة على ثبوته .

وقد عد الفقهاء من فروع هذه المسألة ما لو اشترط المؤجر على المستأجر والمعيّر

على المستعير ضمان العين المستعارة والمستأجرة ، ونص أكثر الفقهاء على فساد هذا الشرط في عقد الاجارة وصحته في العارية بحجة ان اشتراط الضمان في عقد الاجارة يخالف لمقتضى العقد وفي العارية يخالف لاطلاقه .

ورجح فريق منهم صحته في المقامين فيما لو كانت الاجارة على العمل فاذا تعلقت بالاعيان لاستغلال منفعتها لا يصح اشتراط الضمان فيها ، لان عقد الاجارة يدل بالالتزام على وجوب تسليم العين إلى المستأجر لاستيفاء منفعتها باعتبار انها من الامور التدرجية التي لا يمكن استيفائها إلا خلال مدة من الزمن ، كما لو استأجر الدار للسكن والسيارة لقطع مسافة معينة عليها ونحو ذلك ، وإذا كان العقد مقتضياً لتسليمها إلى المستأجر تكون في يده أمانة بإذن مالكةا ، فاشتراط الضمان فيها يتنافى مع المدلول الالتزامي للعقد الذي هو عبارة عن استيلاء المستأجر عليها إلى أن يستوفي منفعتها كاملة غير منقوصة .

وهذا بخلاف الاجارة على الاعمال ، فان عقد الاجارة في هذه الحالة لا يفرض على المؤجر تسليم العين إلى الاجير لان المطلوب هو للعمل لا غير ومن الممكن الاتيان بالعمل وهي في يد الملك فاذا استلمه الاجير يكون استلامه ببعض إرادة المالك واختياره لا من حيث انه مدفوع على ذلك من قبل العقد كما هو الحال في الصورة الاولى (١) .

ومما كان الحال بعد أن بينا الفرق بين مقتضيات العقود ومقتضيات اطلاقها أصبح من السهل اليسير التوصل إلى الحلول المناسبة لكل فرض من الفروض الفقهية التي ذكرها الفقهاء ، والتي يمكن افتراضها في المقام .

ولا بد لنا بعد ان عرضنا هذه المرحلة من المراحل التي تتوقف عليها صحة

## الشروط من الاشارة إلى الامور التالية :

الأول : ان الشرط ثارة يتعلق بصفة من صفات المبيع ، وأخرى يتعلق بفعل من الافعال ، كما لو اشترط البائع على المشتري ان يبني مسجداً ، أو يب شيئا من أمواله إلى الفقراء ونحو ذلك ، وثالثة يكون المطلوب بالشرط المسببات والنتائج المترتبة على الاسباب الشرعية ، كما لو اشترط عليه ان تكون داره ملكاً للفقراء ، وان يكون عبده حراً وزوجته طالقاً وأمثال ذلك من النتائج التي لا تحصل إلا بأسبابها ، فان كان متعلق الشرط صفة من صفات المبيع كما لو اشترط المشتري أن يكون الشجر مشمراً وأن تكون الدار على شكل من الاشكال الهندسية المعينة ، فلو تبين ان المبيع فاقد للصفة التي التزمها البائع للمشتري ، يثبت له الخيار في فسخ العقد كما ذكرنا سابقاً ، ولا يجب على البائع ايجاد تلك الصفة ، لأن الشرط لم يتعلق بايجاد تلك الصفة ، وانما المطلوب بالشرط هو المبيع المتصف بها .

وان كان الشرط متعلقاً بفعل من أفعال المشتري أو البائع ، فالشهور بين الفقهاء كما نص على ذلك الشيخ الانصاري في مكاسبه ، ان الشروط عليه ملزم بالالتزام بالفعل الذي أزم نفسه به في العقد ، كما ينص على ذلك قوله (ع) : من شرط لأمرأه شرطاً فليف لها به ، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً وأحل حراماً ، وجاء في بعض النصوص :

« المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله » ولازم ذلك ان عدم الوفاء بالشرط معصية لله سبحانه .

أما إذا كان المطلوب بالشرط المسببات والنتائج المترتبة على أسبابها بالجعل الشرعي كالامثلة التي ذكرناها فلا يبعد بطلان هذا النوع من الشروط ، لأن تلك النتائج والمسببات قد جعل الشارع لكل واحد منها سبباً مولوداً ولو بالجعل التشريعي ، فاشترط وجودها بدون الاسباب المولودة لها مخالف للكتاب والسنة ،

نعم بالنسبة إلى النتائج التي لم ترتبط بأسباب معينة ، بل تحصل بكل فعل أو قول مهما كان نوعه إذا اشترطها أحد المتعاقدين بصح الشرط ويجب الوفاء به كغيره من الشروط المتعلقة بالأفعال .

قال الشيخ ورتضى الانصاري في مكاسبه : فالأقوى صحة اشتراط الغايات التي لم يعلم من الشارع انطاعتها بأسباب خاصة ، كما يصح نذر مثل هذه الغايات ، بأن ينذر كون المال صدقة ، وكون هذا المال لزيد ونحو ذلك ( ١ ) .

الثاني : ان الملتزم بالشرط لو امتنع عن الوفاء به ، هل يجبر على الوفاء به وتقليده أم لا يجبر على ذلك ؟ الذي رجحه جماعة من الفقهاء . ان المتنع عن تنفيذ التزاماته للعالم وتغييره لإجباره على الوفاء بشرطه ، لأن المشروط بعد أن التزم به أحد العاقدین أصبح حقاً للطرف الآخر ، ولصاحب الحق أن يتوصل إلى تحصيل حقه بأي طريق كان ولو عن طريق القوة ( ٢ ) .

الثالث : لو لم يفي المشروط عليه ، إما لأن الشرط متعذر في نفسه ، وإما عيباً منه ، فليس للطرف الآخر حق في المطالبة بالتساوت بين العقد على المين مجردة عن الشرط ، وبين العقد عليها مع الشرط ، حتى ولو كان للشرط أثر في زيادة الثمن ، ذلك لأن المعاوضة إنما هي بين المالكين بنظر العرف والشرع ، والتمن ليس موزعاً على أجزاء المبيع فضلاً عن الشروط والصفات وبقيّة الالتزامات ، وفصل العلامة في التذكرة بين ما لو كان الشرط عملاً يقابل بالمال ، وبين ما إذا لم يكن من الأعمال أو كان منها ولكنه لا يقابل بالمال ، ففي الصورة الأولى يثبت للطرف الثاني الخيار بين الفسخ وبين الالتزام بالعقد والمطالبة بعوض العمل المشروط على البائع مثلاً أو المشتري .

---

١ - انظر المكاسب احكام الشرط الصحيح

٢ - وفصل بعض الفقهاء بين ما كان حقاً لله سبحانه وبين غيره ، فما كان لله يجبر على تقليده وما كان لغير الله لا يجبر عليه .

قال في التذكرة : لو شرط على البائع عملاً سائفاً تخير المشتري بين الفسخ والمطالبة به أو بعوضه إن فات وقته وكان مما يتقوم ، كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغاً فأفاته به غير مصبوغ ولو لم يكن مما يتقوم تخير بين الفسخ والامضاء مجاناً (١) .

ويبدو من النصوص الفقهية أن الشرط إذا كان في واقعه راجعاً إلى تحديد أجزاء المبيع ، كما لو باع الأرض بشرط كونها عشرة آلاف متراً ، أو باع الثوب بشرط كونه كذا ذراعاً ، والصبرة بشرط كونها عشرين صاعاً ونحو ذلك ففي مثل ذلك يكون المشتري غيراً بين الالتزام بالعقد واسترجاع الثبوت ، وبين فسخ العقد واسترجاع الثمن بكامله وهذا من غير فرق بين أن تكون أجزاء المبيع متساوية أو متفاوتة (٢) وهذا الرأي يؤيده العرف ، ويساعد عليه النوق الفقهي ، وتؤكد بعض الروايات عن الإمامة (ع) في هذه المسألة كما جاء في رواية ابن حنطة . قال سألت عن رجل باع أرضاً على أنها عشرة اجرية ، واشترها المشتري بمحدودها ونقد الثمن وافترقا ، فلما مسح الأرض فلما هي خمسة اجرية ، قال الإمام (ع) إن شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض وإن شاء رد المبيع وأخذ المال كله ، إلا أن يكون له إلى جانب تلك الأرض أرضون فليوفه منها ، ويكون البيع لازماً ، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع ، فإت شاء المشتري أخذ الأرض واسترجع فضل ماله وإن شاء رد الأرض وأخذ المال كله .

---

١ - ما ذكره العلامة في التذكرة إنما يصح لو كان مؤدى الشرط وقوع المعوضة على الثوب المصبوغ ينحو يكون العقود عليه هو الثوب المصبوغ ، فيكون المبيع في هذه الحالة هو الثوب والصبيغ والثمن في مقابلتهما ، ولكن اشتراط الصبيغ لا يؤدي هذا المعنى ، فإن الشروط ليست من أجزاء المبيع ، ولا يقابلها شيء من الثمن .

٢ - وفي مقابل هذا الرأي رجح جماعة من الفقهاء عدم مقابلة الشروط بشيء من الثمن مهما كان نوع الشرط ، والبيع في الأمثلة المذكورة ونظائرها هو الوجود الخارجي واشتراط كونه كذا وكذا ذراعاً أو مساحة يرجع إلى توصيفه بهذه الصفة ، فلا يبين عدم حصول الشرط يكون البيع فاقماً لصفة من الصفات المطلوبة للمشتري وتختلف الصفات لا يوجب أكثر من الخيار للمشتري وأصله الحق في فسخ العقد .

وقد طال الفقهاء الحديث عن احكام الشروط والنتائج الفقهية المترتبة عليها ،  
ونحن كما ذكرنا أكثر من مرة لا يعنيانا ان نستوعب جميع ما ذكره بعد أن  
أشرنا إلى القواعد العامة وأصول المسائل التي منها ينطلق الباحث إلى الفروع  
والنتائج المترتبة عليها .

وقد حدد الفقهاء نوعية الشرط المبحوث عنه في باب العقود من ناحية وجوب  
تنفيذه وعدمه ، فنصوا على ان الشروط الابتدائية التي لا ترتبط بعقد من العقود  
لا يجب تنفيذها ، ويبدو من النصوص الفقهية ان الفقهاء بين من يرى ان هذا النوع  
من الاتفاقات خارج عن عنوان الشروط موضوعاً ، بمعنى انه ليس فرداً لقوله  
(ص) المسلمون عند شروطهم (١) وبين من يتوسع في مفهوم الشرط لكل اتفاق  
يحصل بين اثنين ، ولو لم يكن في مقام التعامل والتعاقد ، ولكنهم مع ذلك  
يرون ان الاجماع الفقهي الحاصل من الفقهاء بالنسبة لهذه الاتفاقات ، هذا الاجماع  
يكون غرضاً لتلك العمومات التي تفرض على كل انسان أن يفي للآخر بما التزم  
به ، وبنتيجة التخصيص لا تكون مشمولة لتلك العمومات .

ولو اتفق شخصان على أمر وتعاقدوا بنحو كان العقد الواقع منها مبنياً على  
الإلتاق الواقع قبل العقد ، ولكنها لم يتعرضا في العقد لشيء مما اتفقا عليه ،  
فالمشهور بين الفقهاء إلحاق هذه الصورة بالصورة الاولى ، اما لأن هذا النوع من

---

١ - لان مفهوم الشرط يؤدي معنى الترابط والالتزام من الطرفين وتعليق امر على اخر،  
ولا يتحقق هذا المعنى الا اذا وقع الالتزام في عقد من العقود لازمة كانت او جائزة ، وجاء في  
الكاسب : ان الشروط عليه ان تنشأ التزام الشرط على نفسه قبل العقد كمان التزاما  
ابتدائياً لا يجب الوفاء به ، فلا تشمل ادلة العقود لعدم كونه جزءاً منها ولا ادلة  
الشروط لانه ليس منها .

التباني ليس من الشروط ، فلا تشملها العمومات الفاضية بوجوب تنفيذها ، وأما  
الخروجها عن تلك العمومات حكماً بنحو التخصيص بواسطة الإجماع على عدم وجوب  
الوفاء بالشروط إذا يلتزم بها العاقدان في العقد صراحة (١) .

\*

\* \*

---

١ - ودرج العلامة في المختلف والشيخ الطويس في الخلاف وجوب الوفاء بهذا  
النوع من الاتفاق من حيث أن الرضا بالعاملة مبني ومرتبض بالاتفاق العاقل بين  
المتعاقدين قبلها ، فلو أقيمت الاتفاق السابق يُلغى العقد شرطاً أساسياً من شروطه وهو  
الرضا وبدونه لا تصح المعوضة كما تنص على ذلك الآية الكريمة .

## الشروط والمذاهب الاربعة

٤٩

ومها كان الحال فالخلاف الواقع بين فقهاء الإمامية في الشروط التي يجب على المتعاقدين التمسك بها وتنفيذها ، هذا الخلاف يعينه وبشكل أوسع واقع بين فقهاء المذاهب الاسلامية ، فهم بين من أعطى للمتعاقدين الحرية المطلقة ، وسوغ لها ان يشترطا في العقد كل شرط على شريطة ان لا تقضي الأدلة الشرعية ببطان ذلك للشرط ، عملاً بالمبدأ العام القاضي بإباحة كل شيء لم ينص الشارع على تحريمه .

وبين من وقف عند الشروط التي رخص الشارع بها ، ولم يجعل للانسان الحق في ان يشترط ما يريد ، ذلك لأن الأصل الاولي في كل شيء الحظر ، بمعنى ان كل شيء لم ينص الشارع على إباحته لا يجوز الإقدام عليه ، وأكثر الفقهاء عملاً بهذا المبدأ هم الظاهرية اتباع داود الظاهري ، واستدل الظاهرية على بطلان الشروط والعقود التي لم يرد من الشارع نص عليها بعينها بما روته عائشة عن الرسول (ص) انه قال : « من عمل عملاً ليس عليه امرنا فهو مرد » .

وقال ابن حزم الظاهري : فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الانسان والتزمه ، إلا ما صح ان يكون عقداً جاء النص او الإجماع بإلزامه باسمه ، او بإباحة التزامه بعينه (١) .

---

١ - انظر الاحكام في اصول الاحكام ج ٥ ص ٢٢ .



واستدلوا أيضاً بما جاء عنه (ص) انه قال : ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق وشرطه أوثق ، والولاء لمن أعتق .

وقد اعتمد الفريق الاول بالاضافة إلى اصالة الاباحة في الاشياء ، على الآيتين  
السكريتين :

« ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ  
منكم » .

وقوله تعالى : أو فوا بالعقود وغيرهما من النصوص التي تدل على وجوب الوفاء بما التزمه الانسان من عقود وشروط وانتهوا من مجموع ذلك إلى النتيجة التالية : وهي ان صحة الشرط لا تتوقف على ان يكون الشرط منصوحاً عليه بعينه من الشارع ، بل يكفي عدم المنع عنه إذا لم يكن محرماً للعلل ، او محلاً للحرام .

هذان المبدأان ، مبدأ المنع عن كل شيء حتى يرد به الترخيص من الشارع ، ومبدأ الاباحة لجميع الاشياء حتى يرد المنع عنها ، يركز عليها الخلاف بين الفقهاء في الشروط التي تلتزم بالعقد .

على ان الاحناف قد اعتمدوا بالاضافة إلى اصالة الاباحة في الاشياء ، على العرف في تصحيح بعض الشروط ، واعتبروا تسالم العرف على شرط او عقد كالتسليم الشرعي عليه ، ورووا في ذلك عن النبي (ص) انه قال : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وقال شاعرهم :

والعرف في الشرع له اجبار      لذا عليه الحكم قد يدار

وادعوا ان العرف العام الذي لا يختص ببلد من البلدان يصح ان يعارض

أدلة الفقه ، إلا إذا كانت المسألة الفقهية ثابتة بنص صريح ، فإن العرف في هذه الحالة لا يقوى على مزاحة ذلك النص .

وقد قسم الاحناف الشروط إلى ثلاثة ، صحيح وفاسد وباطل . فالصحيح هو الموافق لمقتضى العقد ، والمؤكد لمدلول العقد ، والمأخوذ به من قبل الشارع ، والذي استقر عليه عرف الناس ، ومن أمثلة الموافق لمقتضى العقد ، ما لو اشترط البائع على المشتري ان يسلمه الثمن قبل ان يتسلم المبيع .

ومن أمثلة المؤكد لمقتضى العقد ، ما لو اشترط البائع ان يأخذ رهناً على الثمن ، او يقدم له كفيلاً به إذا كان مؤجلاً .

ومن أمثلة المأخوذ به شرعاً ، ما لو اشترط الخيار للبائع او المشتري في مدة معينة من الزمن .

ومن أمثلة ما استقر عليه عرف الناس ، ما لو اشترى ساحة او سيارة وشروط على البائع ان يتعاهدها خلال مدة من الزمن بالإصلاح ، فالشرط إذا انصف بوحدة من هذه الصفات الأربعة يكون جزءاً من العقد ، ويجب تنفيذه لأن الشروط له لم يرض بالمعاوضة بدونه .

والشرط الفاسد ، هو الفاقد لهذه الصفات ، ولكنه مع ذلك يكون مشتملاً على مصلحة لأحد المتعاقدين او لشخص آخر .

ومن أمثله عديم ما لو باع المالك داره واشترط على المشتري ان لا يخرج المستأجر منها ، او يشترط عليه ان يبقى هو بنفسه مدة من الزمن بها ، او تشترط الزوجة على الزوج ان يبقى في بيت أهلها ، او يشترط مالك الأرض على المستأجر ان يؤجر قسماً من الأرض لشخص آخر ، فهذه الأمثلة ونظائرها من حيث انها ليست مواهقة لمقتضى العقد ولا مؤكدة لمقتضاه ، ولا مأخوذة بها من

شارع ، ولا هي متعارفة بين الناس هذه الامثلة من أمثلة الشرط الفاسد المفسد للعقد ، لان كلا من المتعاقدين قد رضي بالعقد مع الشرط ، فاذا كلف الشرط فاسداً أصبح العقد المجرد عنه فاقداً للرضا على حد تعبيرهم إذا وقع الشرط في عقد من عقود المعاوضات المالية (١) .

اما إذا اقررت هذه الشروط في غيرها من المعاوضات كالوقف والعارية والمبة والزواج ونحو ذلك فيصح العقد ويفسد الشرط .

والشرط الباطل ، فهو الذي لم يوجد فيه شيء مما يجب ان يكون في الشروط الصحيحة ، ولم يكن فيه منفعة لاحد ، ذلك كما لو باع المالك داره واشترط على المشتري ان لا يسكنها أحد مدة معينة من الزمن ، او باع سيارته واشترط ان لا يستعملها أسبوعاً او شهراً مثلاً ، وحكم هذا النوع من الشروط انه لنـو باطل والعقد صحيح يجب الوفاء به ، سواء كان من عقود المعاوضات ، ام من العقود الاخرى ، كالمنة والكفالة والزواج وغير ذلك من أنواع العقود والمعاوضات .

ويبدو ان الحنابلة لا يتشددون في الشروط كالاحناف والظاهرية ، ولذا نجد ان كثيراً من الشروط التي نص الاحناف على فسادها او بطلانها ، نص الحنابلة على صحتها ، ومن ذلك ما لو اشترط المشتري صفة معينة في المبيع ، او اشترط بائع السيارة ان يستخدمها شهراً او أكثر ، او اشترطت الزوجة على الزوج ان لا يتزوج عليها ، او يسكنها في بلد معين ونحو ذلك هذه الشروط وأمثالها ، شروط صحيحة يجب الوفاء بها على من التزمها ، سواء وقعت في عقود المعاوضات ام في غيرها من العقود ، وبكلمة واحدة ، ان الحنابلة يميزون كل شرط يشترطه أحد المتعاقدين إلا في حالتين :

---

١ - قد حلل بعضهم بطلان العقود المقتزنة بهذا النوع من الشروط ، بان المعاوضة المقتزنة بالشرط تنحل الى بيع وشرط ، ولقد نهى النبي (ص) من بيع وشرط كما جاء في بعض الروايات منه . ومقتضى ذلك بطلان جميع العقود المقتزنة بالشروط مهما كان نوعها ، لان كل عقد مشروط يتحصل الى بيع وشرط فيشملة النهي المأمور .

الاولى : ان يكون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد والغرض منه ، كما لو باع شخص داره واشترط ان لا يبيعها مطلقاً ، او باعها على شرط ان لا يقفها ، او بشرط ان يسكن فيها ولا يؤجرها لغيره ، هذا النوع من الشروط وان كان فاسداً ، إلا انه لا يفسد للعقد .

الحالة الثانية : ان يكون الشرط مخالفاً لحكم الله ورسوله ، كما لو اقتضى الشرط ان يجمع المتعاقدان صفتين في عقد واحد ، كما لو أقرض شخص مبلغاً من المال على شرط ان يشتري به شيئاً ، او يدفع التاجر مبلغاً من المال لشخص على شرط لا يبيع انتاجه لغيره ونحو ذلك وهذا النوع من الشروط فاسد ومفسد للعقد ، لأن النبي (ص) نهى عن بيع صفتين في صفقة واحدة ، بالإضافة إلى ان هذه المعايضة تؤدي في الغالب إلى نزاع بين المتعاقدين في العقد الثاني الذي اعتبره التعاقد شرطاً للعقد الأول ، على ان بعض هذه الشروط إذا وقعت في عقد القرض ، تؤدي إلى الربا الذي نهى عنه الشارع ، كما ينص على ذلك قوله (ع) : كل قرض جر نفعاً فهو حرام .

ومع ان ابن تيمية من فقهاء الحنابلة يبدو وكأنه أوسع صدرأ فيما يتعلق بالشروط من شيوخه الحنابلة ، ويقرب من الجعفرين في هذه المسألة ، حيث انه يصحح كل شرط لا يناقض حكم الله ورسوله ولا يتعارض مع مقصود المتعاقدين ، واستدل على ذلك بقول الرسول (ص) : المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً او حرم حلالاً ، وبقوله تعالى :

« يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ » وأضاف إلى ذلك : ان الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه نص او قياس ، ومع الشك في بطلان الشرط وعدمه يتعين الرجوع إلى أصالة عدم التحريم .

على ان ما يلتزمه الانسان راضياً مختاراً قد تضافرت الملل والنحل على الوفاء به ، ودل عليه القرآن الكريم والسنة النبوية .

ومن ذلك بين انه لا يستثنى من الشروط إلا ما خالف حكم الله ورسوله ،  
والمقصود من العقد ، ومن أمثلة الأول : ما لو اشترط بائع الجارية ان يكون  
نسب ما تولد منها لغير زوجها ، وان يكون ولاءها لغير من اعتقها ، لأن الله  
يقول : ادعوم لأبائهم ، والرسول (ص) يقول : الولاء لمن اعتق .

ومثل الثاني : بما لو باع شخص داره واشترط على المشتري ان لا ينتفع بها بأي  
نحو من أنحاء الإنتفاعات ، لأن مرجع هذا الشرط إلى الجمع بين المتنافين ، وفي  
غير هاتين الصورتين تصح جميع الشروط والعقود ، سواء أكان ذلك في عقود  
المعاوضات أم في غيرها من العقود مما كان نوع الشرط ( ١ ) .

\*

\* \*

---

١ - انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات في الفقه الاسلامي ص ٤٢١ و ٤٢٤ وما بعدها  
و ٤٢٧ وبداية المجتهد لابن رشد ، والفقه على مذهب الإمامية الجزء ٢/ ص ٢٢٠  
قسم المعاملات .

## الشرط الفاسد وأثره على العقد

٥٠

لقد نص الفقهاء على أن الشرط الفاسد لا تشمله ادلة وجوب الوفاء بالعقود ، ولا الأدلة العامة التي تنص على وجوب الوفاء بالشروط ، أن الشرط المؤدي إلى الجهالة في العقد ، كما لو اشترط المشتري تأجيل الثمن ولم يعين له أمداً ، وكما لو لم يعين الأجل في بيع السلم ونحو ذلك من الشروط المشتملة على الجهالة أو كانت الشرط مستلزماً للمحال على حد تعبير الفقهاء ، كما لو باع الدار أو العقار واشترط عليه أن يبيعه له ، لأن هذا الشرط يؤدي بالنتيجة إلى عدم المعاوضة من حيث أن ملكية المشتري للبيع تنوقف على حصول الشرط ، وتنفيذ الشرط من قبل المشتري يتوقف على كونه مالكا للبيع ، وكذلك لو كان الشرط مخالفاً للمشروع ، كما لو باع الدار واشترط عليه أن تكون عملاً للدعارة ، أو باع العنب واشترط عليه أن يضعه خمرأ فقد نص الفقهاء على أن هذا النوع من الشروط فاسد ومفسد للعقد .

أما إذا لم يستلزم الشرط خللاً في العقد ، بأن كان فساداً لمخالفته لمقتضى العقد أو لكتاب والسنة ، أو لكونه لغواً بنظر العرف والعقلاء وغير ذلك من الشروط الفاسدة ، فالفقهاء بين من يرى أن الشرط الفاسد مفسد للعقد ، وبين من يرى أن هذا النوع من الشروط لا يلزم من فساد بطلان العقد ، ولعل هذا الرأي أكثر انصاراً وأوسع شهرة من الأول ، لأن الالتزام بالشرط مستقل عن

الالتزام بالمعاوضة ولولا الشرط لم يكن الالتزام الثاني ، فإذا باع المالك داره واشترط عليه المشتري ان تكون مبنية بالإسمنت المسلح مثلاً ووافق البائع على هذا الشرط ، فقد التزم على نفسه أمراً لا تدل عليه المعاوضة لولا هذا الالتزام ، فيكون تقييد المبيع بكونه مبنياً بالإسمنت قد نشأ من فاجبة الشرط ، وإذا بطل الالتزام الثاني لأحد الأسباب الموجبة لبطلانه يبقى الالتزام بالمعاوضة ولا يكون العقد فاقداً لتراضي كما يدعي القائلون بالملازمة ، ذلك لأن التراضي الذي لا بد منه في العقود ، هو أن لا يصدر العقد من المتعاقدين عن جبر وإكراه ، وإلغاء الشرط من حيث كونه فاسداً لا يوجب شيئاً من ذلك ، نعم لا يكون المشروط له طيب النفس بهذه المعاملة ، والرضا بمعنى طيب النفس ليس شرطاً في صحة المعاوضة كما ذكرنا في مسألة الإكراه على العقد (١) .

ولا يعد ثبوت الخيار للمشتري فيما لو كان جاهلاً بفساد الشرط ، لأنه قد أقدم على المبيع باختيار أنه جامع للصفة التي اشترطها على البائع ، فالزامه بالمعاوضة والحالة هذه اضرار عليه ، ومقتضى قاعدة لا ضرر ولا ضرار رفع اللزوم المسبب لضرر المشتري ، وإذا ارتفع اللزوم يصبح أمر العقد بيد المشتري كما رجح ذلك جماعة من الفقهاء (٢) .

والظاهر أن الشرط الفاسد مقيد للعقد عند فقهاء المذاهب الأربعة كما يبدو ذلك من الجاميع الفقهية على المذاهب الأربعة (٣) .

---

١ - هذا بالإضافة إلى بعض النصوص الفريدة لذلك ، فقد روى الشيخان في مسندهما محمد بن يعقوب الكليني ، ومحمد بن الحسن الطوسي ، ومحمد بن بايويه المعروف بالصدوق : أن بريدة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشتريتها عائشة واعتقتها ، وقد اشترط مواليتها الذين باعوها أن ولأهلهم ، ولما بلغ رسول الله (ص) قال : إن شئت فاصمت مع زوجها وإن شئت فارقت ، والولاء إن اعتقك فالمرء بالعقد ونص على بطلان الشرط .

٢ - انظر المكاسب للشيخ مرتضى ومنية الطالب للحنفسي في بحث الشروط الفاسدة .

٣ - انظر الفقه على المذاهب الأربعة قسم المعاملات وبنيان المجتهد لابن رشد ص ١٦٠ من الجزء الثاني ونقل عن مالك أن بعض الشروط الفاسدة لا تفسد العقد .

ومن الفروع المترتبة على القول بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد ، ان المتعاقدين لو أسقطا الشرط المفسد للعقد ، فلا يكفي ذلك لتصحيحه وإعادة الحياة اليه بعد ان وجد فاسداً ، كما يرى ذلك اكثر الفقهاء من شيعيين وسنيين ، لأن اللازم من فساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكه ، واعراضها عن الشرط بعد أن سرى فساد إلى العقد لا يعيد العقد إلى حالته الطبيعية المؤثرة في المساواة بين المالكين .

نعم لو كان فساد العقد من حيث ان المتعاقدين قد أقدما على العقد ورضيا به مع الشرط ، فإذا تبين فساد الشرط يصبح العقد فاقداً للرضا الذي لا بد منه لتصحيح العقد ، لو كان الفساد من هذه الناحية لا يبعد أن يكون تنافهما عن الشرط واجباً إلى الرضا بالعقد والالتزام به بدون الشرط ، وهذا المقدار من التراخي يكفي لتصحيح العقود ، كما ذهب إلى ذلك بعض فقهاء الشيعة والمالكية (١) .

ولعل الاكتفاء بالرضا المتأخر عن العقد هو الشائع بين فقهاء الإمامية ، ولذا فان أكثرهم يذهب إلى صحة العقد الواقع عن اكراه إذا رضي المصكره بالمعاملة ولو بعد مضي مدة من الزمن .

---

١ - انظر منية الطالب ص ١٤٩ والكاسب مبحث احكام الشرط الفاسد ، وبداية المجتهد لابن رشد ص ١٦١ .



## من أحكام الخيار

٥١

لقد تعرض الفقهاء لبعض الأحكام والآثار المترتبة على الخيار وتوسعوا في البحث عنها وتتلخص بالأمور التالية :

الأول : ان الخيار ينتقل إلى الوارث كما تنتقل إليه سائر أمواله ومتركباته فيما لو مات من له الخيار قبل ان يستعمل حقه في الفسخ أو الإمضاء كما يبدو ذلك من النصوص الفقهية .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب : الخيار موروث بجميع أقسامه وأنزاعه بلا خلاف بين الاصحاب كما في الرياض والحدائق والتذكرة للعلامة الحلبي وغيرها .

وجعل القول في ذلك ان الملكية عبارة عن اضافة بين المالك والمملوك من أي سبب كانت ، ولهذا الإضافة مرتبتان مرتبة قوية ومرتبة ضعيفة ، فالضعيفة كالإضافة الخاصة بين المرتين والعين المرهونة وبين من له الخيار ومتعلق الخيار ومن هذا النوع الإضافة الخاصة بين المالك والأشياء التي لا مالية لها كحبة الخنطة وبعض الأعيان التي ألغى الشارع ماليتها ونحو ذلك والمرتبة القوية هي عبارة عن ملكية الأعيان أو المنافع سواء كانت ماليتها واقعية أو اعتبارية ، والملكية

بقسميها كما تكون بواسطة المبادلة بين الاموال بالطرق المتعارفة بين الناس في مقام المعاوضات ، تكون ايضاً بواسطة تبدل المالك كما في الارث فإن ملكية الوارث لمتروكلت مورثه مصدرها موت الوارث لا غير .

ثم ان انتقال الخيار بالأرث يتوقف على أئ يكون من الحقوق التي تقبل الانتقال إلى الغير ، فلو كان حكماً كالأجازة في عقد الفضولي وجواز الرجوع في الهبة ونحو ذلك ، أو كان من الحقوق التي تقوم بأصحابها كحق الحضانه والمضاجعة وحق القسم بين الزوجات ونحو ذلك ، لا ينتقل إلى الوارث ، ويبدو من النصوص الفقهية ان انتقال الخيار إلى الوارث لا يتوقف على أن يكون وارثاً فعلياً لأموال مورثه ، كما لو كانت الديون التي على المورث تقابل جميع متروكلاته ومع ذلك ينتقل حقه في الخيار إلى وارثه كما لو باع شيئاً وقبل أن يستعمل حقه في الخيار توفاه الله ، ولو فسخ الوارث عقد مورثه في هذه الحالة ورجع كل من الوضين إلى مالكة الاول لا يملك الوارث أن يتصرف في المبيع ما دامت الديون محبطة بجميع متروكلت المورث .

ولو كان الوارث ممنوعاً من الارث لأنه لا يؤمن بدين مورثه ، أو لانه قاتل له ، فلا ينتقل اليه الخيار الذي كان لمورثه ، ذلك لأن الأدلة التي تنص على حرمانه من الميراث يستفاد منها انه في هاتين الحالتين بمنزلة البعيد عن الميت الذي لا يرتبط معه بسبب أو نسب والظاهر انه لا خلاف بين الفقهاء في ذلك ، والخلاف بينهم يكاد ينحصر في ارث الزوجة للخيار فيما لو باع الزوج بعض العقارات أو اشترى وتوفي قبل أن يستعمل حقه في الفسخ أو الامضاء بناء على انها لا ترث في العقارات ، وقد رجح جماعة عدم ارثها للخيار سواء كان الزوج بائناً أو مشترياً ، ذلك لأن الخيار سلطنة على حل العقد واسترجاع العوض ، وليس للزوجة حق في العقار الذي باع زوجها لأنها لا ترث منه كما المفروض .

واختار بعض الفقهاء ومنهم الشيخ النجفي في الجواهر عدم الفرق بينها وبين

غيرها من الوراث ، لأن الخيار ليس من توابع ملكية المتعاقدين للعوضين ، ولما ثبت لها بالجعل الشرعي أو باشتراطه من أحدهما ، وبذلك يصبح ملكاً للعاقده ، ولازم ذلك انتقاله إلى جميع الوراث عملاً بالنصوص القاضية بانتقال ما تركه الميت من حق فهو لوراثه .

ومها كان الحال فصدر الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى ان اعطاء المتعاقدين أو أحدهما السلطنة على حل العقد ، هل هو لاسترجاع العوضين إلى مالكهما من حيث ان صلة كل منهما لم تنقطع عن ماله ما دام الخيار ، أو لأن هذا الحق قائم بذاته من غير نظر للعاقدين من حيث كونها مالكين ؟ فمن اعتبره قائماً بذاته لزمه ان يذهب إلى انها ترثه الزوجة كما ترث غيره من متروكات زوجها ، ومن بنى على انه من توابع ملكية العوضين ، وأن الشارع لم يجعل الخيار في موارد المختلفة إلا ليتمكن المالك من استرجاع ملكه ، فمن بنى على ذلك لزمه ان يذهب إلى عدم انتقال الخيار إليها فيما لو عقد المالك على العقار وتوفي قبل انتهاء مدة الخيار لأنها لا تملك من العقارات فلا يشملها دليل الارث بالنسبة لهذه المسألة .

ونظراً لأن حق الخيار لا يقبل التجزئة كالاعيان الخارجية ، فقد اختار الشيخ مرتضى الانصاري في مكاسبه وجماعة من الفقهاء انه لو تعدد الوارث ينتقل الخيار بمجموعه إلى مجموع الوراث بنحو يكون مشتركاً بينهم ، لأن أدلة الميراث مفادها ان مجموع ما يتركه الميت ينتقل إلى وراثه من غير نظر إلى كيفية ثبوته لهم .

ولكن لما كان التوزيع والتقسيم في الاعيان الخارجية ممكناً ، تعين اختصاص كل واحد من الوراث بحصة شائعة بما تركه المورث ، وفيما لا يقبل التجزئة كحق الخيار مثلاً ثبت لمجموع الوراث على نحو لا يصح لاحد من أن يتقدم بالفسخ لا بالكل ولا في البعض إلا إذا رضي الباقيون بذلك ، وحينئذ إذا اتفق الوراث على الفسخ ، فإن كان الثمن موجوداً بعينه بين أموال مورثهم وجب ارجاعه إلى مالكة ، وان لم يكن موجوداً وجب عليهم أن يدفعوا عرضه من مال مورثهم حق ولو كانت الدين التي في ذمته بقدر متروكاته ، لاث علقه المالك للثمن لم

تنتطع عنه بعد أن كان العقد خيارياً ، ولذا فإن المنوع من التصرف بأمواله من جهة الديون المستحقة عليه ، لا يتمتع عليه أن يستعمل حقه في الخيار الثابت له إذا كان سابقاً على التجبير ، وحق القرماء لا يقوى على مزاحمة حق المالك الاول لئلا يكون أسبق من حقهم .

ومن الآثار المترتبة على الخيار كما نص جماعة من الفقهاء ، ان من ليس له الخيار ليس له أن يتصرف في المبيع تصرفاً يمنع من استرجاعه كالبيع والمبة ونحوهما من التصرفات الناقصة ، لأن المقصود الاصيل لصاحب الخيار هو فسخ العقد واسترجاع ملكه ، والتصرفات المملكة تحول بين صاحب الخيار وبين التوصل إلى الغاية التي من أجلها شرع الخيار .

وفي مقابل هذا الرأي الذي تبناه أكثر الفقهاء كما نص على ذلك الشيخ يوسف البحراني في الحدائق ، في مقابل ذلك ذهب فريق من الفقهاء إلى ان العقد بعد أن كان سبباً لإنتقال كل من العوضين إلى البائع والمشتري ، يجوز لمن ليس له الخيار أن يتصرف في العوض الذي انتقل بكل أنواع التصرفات ، ذلك لأن دليل الخيار لا يستفاد منه أكثر من أن صاحب الخيار مسلط على حل العقد واسترجاع ماله ، وتصرفات من ليس له الخيار لا تحول بينه وبين تحقيق هذه الغاية ، لأنه لو فسخ العقد وكانت العين موجودة استرجعها بنفسها ، وإن لم تكن يرجع على البائع بثمنها أو قيمتها ، هذا كله بناء على ان الخيار لا يمنع من ثقل المشتري للبيع والبائع للشئ ، أما بناء على ان العقد لا يؤثر في التمليك ما دام الخيار موجوداً كما ذهب إلى ذلك الشيخ الطوسي وبعض الفقهاء ، فليس للطرف الثاني ان يتصرف في العوض الذي انتقل إليه بأي نحو من أنحاء التصرفات المثقلة أو الناقصة لبقاء كل من العوضين على ملك ماله الاول وقد أطال الفقهاء البحث في هذه المواضع واستعرضوا جميع الفروض التي يمكن أن تفرض في هذه المسألة ، وقد اقتصرنا على أشهر الآراء فيها وألصقها بقواعد الفقه وأصوله ( ١ ) .

١ - انظر المكاسب للتصاريحي مبحث احكام الخيارات والجواهر للنجفي كتاب المتاجر، وجامع المقاصد للمحقق الكركي وغير ذلك من مجاميع الفقه الشيعي .

## التلف في زمن الخيار من لا خيار له

٥٢

هذه القاعدة في الفقه الجعفري من القواعد المتفق عليها بين الفقهاء إلى حد أصبحت مرجعاً لمعرفة أحكام الجزئيات في الموارد المختلفة وقد وضع أصولها الأئمة كما جاء في بعض المرويات عنهم ، ومنها صاغ الفقهاء هذه القاعدة بشكلها الموجود في مجاميع الفقه الشيعي .

وبجمل الحديث عنها أن الفقهاء قد اتفقوا على القاعدة المذكورة بالنسبة إلى خيار الحيوان والشرط ، وفيما عداهما من الخيارات لو تلف المبيع بعد قبضه لا يكون مضموناً على البائع حتى ولو كان التلف في زمن خيار المشتري كما هو المشهور بين الفقهاء .

قال في منية الطالب : وقد صرحوا بأنه إذا مات المبيع لم يكن مضموناً على البائع وإن مات بعد العلم بالمبيع ، وأضاف إلى ذلك : أن الحق الثاني صرح بأن كون الضمان على البائع في الاقتصاس من العبد الجاني إذا كان في الخيار المحصور بالمشتري .

وفي مقابل ذلك رجح جماعة من الفقهاء أن هذه القاعدة تجري في جميع الخيارات الثابتة للمشتري .

وقال ابن ادريس الحلبي في السرائر : فكل من كان له خيار فالتاع يهلك من مال من ليس له خيار ، لانه قد استقر عليه العقد ، والذي له الخيار لم يستقر عليه العقد .

ويبدو من هذا التعليل ان العلة في كون الضمان على من ليس له خيار ، هي لزوم العقد من جهته وعدم لزومه على صاحب الخيار ، وهذا التعليل يطرد في جميع الخيارات سواء كانت في المبيع أو في الثمن ، كما رجح ذلك جماعة غيره .

قال الشيخ الانصاري في مكاسبه : ومن هنا يعلم انه يمكن بناءً على فهم هذا المقاط طرد الحكم في كل خيار من غير فرق بين اقسام الخيار ولا بين الثمن والمثلن ، كما يظهر من كلمات غير واحد من الاصحاب .

وأضاف إلى ذلك الشيخ الانصاري ان التعليل الذي اعتمدته أنصار التعميم لا تؤيده النصوص التي تعرضت لحكم التلف في زمن الخيار (١) ذلك لأن موردها الخيارات الثابتة للمشتري كخيارات الحيوان والشرط وخيار المجلس بالنسبة إلى المشتري لا غير ، ومع ذلك فهي توحى بأن تضمين البائع للمبيع التالف في زمن الخيار من حيث عدم لزوم العقد على المشتري من حين صدوره ، وهذا لا يكون إلا بالنسبة للخيارات المقارنة لوجود العقد ، أما الخيارات الباقية فأنما تحدث من حين أسبابها كما ذكرنا سابقاً فان العقد يوجد لازماً من حين صدوره ويطرأ عليه الخيار عند حصول أسبابه .

ولأجل ذلك وقف أكثر الفقهاء عند الخيارات الثلاثة المقارنة لوجود العقد ،

---

١ - فقد جاء في مروية عبد الله بن سنان عن الصادق (ع) : الرجل يشتري العبد بشرط الى يوم او يومين فيموت العبد او العاية ، على من ضمان ذلك ، فقال (ع) على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة ايام ويصير البيع للمشتري ، شرط له البائع او لم يشتريه وان كان بينهما شرط اياما معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع .

ولم يتعدوا عنها إلى بقية الخيارات ، ويؤيد ذلك ما جاء في المكاسب .

قال : والانصاف انه لم يعلم من حال أحد من معتبري الاصحاب الجزم بهذا التعميم فضلاً عن اتفاقهم عليه ، فإن ظاهر قولهم : التلف في زمن الخيار هو الخيار الزماني ، وهو الخيار الذي ذهب جماعة إلى توقف الملك عليه لا مطلق الخيار ليشمل خيار الغبن والرؤية والغيب وغير ذلك .

ومها كان الحال . فقاعدة التلف في زمن لم ترد بنصها الحرفي الموجود في كتب الفقهاء في الكتاب والسنة ، والموجود في النصوص المروية عن الرسول (ص) (١) ثبوت الضمان على البائع لو مات المبيع أو حدث فيه حدث خلال الأيام الثلاثة التي يسوغ فيها المشتري رد المبيع إذا كان حيواناً ، وقبل انقضاء المدة التي اشترط فيها المشتري لنفسه الخيار ، كما جاء ذلك في مروية عبدالله بن سنان ، ومروية عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق (ع) فمن استقاد من تلك النصوص أن تضمن البائع من حيث لزوم العقد بالنسبة اليه وعدم لزومه على المشتري ، من استقاد منها ذلك تعدى عن موردها إلى جميع الخيارات سواء كان التالف الثمن أو المبيع ، واعتبرها من القواعد العامة السارية في جميع الخيارات ، ومن راعى موارد النصوص ونظر إليها بعين الاعتبار لم يتعدى إلى بقية الخيارات ، لا سيما وأن هذا المبدأ مخالف للقواعد العامة ، لأن مقتضاها تضمن المشتري بعد أن ملك المبيع بالعقد واستلمه من البائع .

وقد نص جماعة من مشاهير الفقهاء ومنهم الشيخ الانصاري : بأن التلف الحادث في زمن الخيار ، من جملة الحوادث التي توجب انقاساق العقد وأرجاع كل من الموضين إلى ملك مالكة ، فيكون الحكم بتضمن البائع من حيث أنه تلف في ملكه ، قال الشيخ مرتضى الانصاري : ان تضمن من ليس له الخيار لا

---

١ - فلقد جاء عنه (ص) بالنسبة إلى العبد إذا مات في زمن الخيار : ان المشتري يستلطف بالله أنه ما ونحيه ، ثم هو يري من الضمان .

يكون إلا بتقدير انقضاء العقد قبل التلف ، ولو بزمان يسير فيرجع المبيع إلى مالكه ويتلف من ماله .

وفي مقابل هذا الرأي . نص جماعة من الفقهاء على أن التلف ليس من الأسباب الموجبة لإبطال العقد بعد أن انعقد صحيحاً بملكاً ، فلا بد وأن يكون تضمين البائع للمبيع التالف من جهة النصوص التي صرحت بذلك ، ولولاها لكأن من المتعين تضمين المشتري لأنه قد ملكه بالعقد وأصبح مضموناً عليه بالقبض ، كما تنص على ذلك رواية عقبة بن خالد عن الامام (ع) وقد جاء فيها : ان المتاع يبقى مضموناً على البائع إلى أن يخرج من بيته ، فإذا أخرجه منه يكون مضموناً على المشتري .

على انه لو قلنا بأن تضمين من ليس له الخيار من حيث أن العقد ينفسخ قبل التلف ولو بزمان يسير ويرجع المبيع إلى ملك البائع والتمن إلى ملك المشتري ، لو قلنا بذلك يلزم سقوط خيار المشتري بمجرد التلف ، لأنه أي التلف يكشف عن انقضاء العقد قبله على حد زعمهم ، ولا أظن ان انصار هذا القول يلتزموا بذلك (١) .

ثم انه بناء على هذا الرأي الذي تبناه أكثر الفقهاء لا محل للبحث عن نوعية الضمان الثابت على البائع ، وانه الضمان المعاوضي الذي هو عبارة عن الثمن الذي اتفقا عليه ، أو الضمان الواقعي ، ذلك لان التلف إذا كان مقتضياً لانقضاء العقد ورجوع المبيع إلى ملك البائع والثمن إلى المشتري ولو قبل التلف بجزء من الزمن ، كما يدعي انصار هذا الرأي ، يمتنع أن يكون المراد من الضمان الثابت على البائع هو انه الحصران عليه وحده لانه تلف وهو في ملكه ، وتسمية هذا النوع من الحصران بالضمان لا تخلو من التسامح والتجاوز في استعمال لفظ الضمان في المقام .



نعم بناء على الرأي الثاني الذي اختاره جماعة من الفقهاء من أث العقد لا يترزع بالتلف ، ولولا النص الشرعي لم يكن البائع مسؤولاً عن المبيع بعد أن أخرجه عن ملكه بالعقد وملكه المشتري واستولى عليه ، بناء على ذلك لا يكون الحديث عن نوعية الضمان مستغرباً ، إذ كما يمكن أن يكون مضموناً على البائع يبدله الواقعي الذي هو عبارة عن المثل أو القيمة ، باعتبار أنه قد تلف في ملك المشتري ، يمكن أيضاً أن يكون مضموناً عليه بالبدل الذي اتفقا عليه حين انشاء العقد ، والذي يسوغ الاحتمال الاول ، أي الضمان بأحد الأمرين من المثل والقيمة ، هو عدم الفسخ من قبل المشتري للعقد ، حيث انه إذا اختار بقاء العقد يبقى الثمن على ملك البائع في حال كون المبيع مضموناً عليه ، فيمكن في مثل ذلك أن يكون مضموناً بالمثل أو القيمة بعد وجود النص على ثبوت الضمان .

أما لو فسخ المشتري العقد فلا يبقى مجال لإحتمال المثل أو القيمة والحالة هذه ، لانه بالفسخ يترد الثمن إلى ملكه ، ويرد المبيع بعينه لو كان موجوداً إلى البائع .

ومها كان الحال فالضمان بالمثل أو القيمة في المقام لا ينسجم مع المبادئ الفقهية العامة ولا مع العرف الفقهي ، لاسيما وأن المتعاقدين قد اتفقا على الثمن في عقد صحيح توافرت فيه جميع الأركان والشروط ، هذا بالإضافة إلى أن النصوص التي تعرضت لحكم تلف المبيع في هذه المسألة تشير إلى عدم استقرار ملكية المشتري للمبيع ما دام الخيار موجوداً ، ولازم ذلك عدم استقرار ملكية البائع الثمن (١) .

---

١ - فقد جاء في مريدة عبدالله بن سنان : ان الضمان على البائع حتى ينقضي شرطه . ويصير المبيع ملكاً للمشتري ، ومعنى ذلك ان الضمان الذي كان ثابتاً عليه يستمر حتى ينقضي الخيار ، ومعنى ان الضمان الذي كان ثابتاً على البائع هو الضمان بالبدل الذي انقضى عليه .

ويبدو من النصوص الفقهية المنسوبة إلى فقهاء المذاهب الأربعة أن هذه القاعدة ليست من القواعد المتفق عليها بينهم .

فقد جاء في بداية المجهود لابن رشد عن المالكية والأوزاعي والليث بن سعد :  
أن المبيع في زمن الخيار مضمون على البائع ، لأن المشتري لا يخرج عن كونه أميناً على المبيع ، والأمين لا يضمن ما يتلف في يده .

ونسب إلى المالكية قولاً آخر ، وهو أن المبيع إذا تلف في يد البائع كان مضموناً عليه ، وإذا تلف في يد المشتري ، فهو كالرهن والعارية ، فإن تهاون في حفظه يستقر الضمان عليه ، وإلا فالضمان على البائع .

والمشهور بين فقهاء الشافعية أن المبيع التالف بعد القبض يتلف من مال المشتري سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري .

وقال الأحناف : أن المبيع إذا تلف في يد المشتري ، فإن كان الخيار للبائع ينسخ العقد ، وعلي المشتري ضمان المبيع بثله أو قيمته ، لأن العقد لم يعد صالحاً للإجازة بعد ذهاب محلها ، وإن كان الخيار للمشتري يسقط الخيار ويملك البائع الثمن ، لأن المبيع قد خرج عن ملكه إلى ملك المشتري والمتحصل من ذلك أن المبيع لو تلف في زمن الخيار يتلف من مال المشتري وكل ما في الأمر أن الخيار لو كان للبائع ، يكون المبيع مضموناً على المشتري بثله أو قيمته ، وإن كان للمشتري يسقط الخيار ، وتستقر ملكية البائع للثمن الذي وقع العقد عليه (١) .

وبعد فإني بعد أن وصلت إلى هذه المرحلة من البحث عن العقود ومتعلقاتها رأيت من المصلحة أن أقف عند هذا الحد ، لأن نطاق هذا الكتاب يضيق عن

---

١ - انظر بداية المجهود لابن رشد الجزء الثاني ص ٢٠٨ و ٢٠٩ ، والمدخل لدراسة نظامعاملات للدكتور محمد يوسف ص ٢٧٧ .

عرض جميع المسائل والنظريات التي يختص بها كل عقد مفردة . وقد عرضت في هذا الكتاب أصول النظريات والمسائل المهمة من عقد البيع وغيره وانجذبت في الغالب باعتباره من أكثر العقود تداولاً وانتشاراً بين الناس ، ولأنه يشترك مع بقية العقود في أكثر الأركان والشروط ، ويلتقي معها في مخطط واحد ، وقلما توجد نظرية من النظريات التي عرضناها لا تتصل بالعقود الباقية كالإجارة والصلح والهبة وغير ذلك .

على اني لم أستوعب جميع المسائل التي دونها الفقهاء في مجاميعهم حول عقد البيع ، ولم أستقصى في الغالب جميع النقوض والخلافات حتى في المسائل التي عرضت وأي الجعفرين فيها ، لم أصنع ذلك خوفاً من التلويل الممل ، ولا في أحسب ان الذي عرضته من تلك النظريات والمباحث يلقي الضوء الوهاج على بقية المسائل ، وينقل القارئ إليها وإلى أحكامها بدون تعب واستقصاء .

وأسأله سبحانه أن يوفقني لإخراج حلقة ثانية تستوعب جميع العقود والحقوق والالتزامات ومنه سبحانه أستمد العون والتوفيق .

## مصادر الكتاب

القرآن الكريم  
المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري  
الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي  
الرياض للسيد محمد بحر العلوم  
بلغة الفقيه للسيد بحر العلوم  
نهج الفقاهة للرجع الأعلى لطائفة الشيعة السيد محسن الحكيم  
كتاب الاجارة من المستمك له ايضاً  
الحدائق للشيخ يوسف البحراني  
العروة الوثقى للسيد كاظم اليزدي  
حاشية المكاسب للسيد اليزدي  
وسيلة النجاة للسيد ابو الحسن الاصفهاني  
البيع للشيخ هادي الطهراني  
منية الطالب للشيخ موسى الخرنساري  
حاشية المكاسب للشيخ محمد حسين الاصفهاني

مسائل الافهام للشيد الثاني  
 حاشية المرزا محمد تقى على المعالم في أصول الفقه الجعفري  
 الفروق لشهاب الدين القرافي  
 تهذيب الفروق للشيخ محمد ابن الشيخ حسين مفاتيح المالكية  
 بداية المجتهد لابن رشد القرطبي  
 الكنى والألقاب للشيخ عباس القمي  
 الفقه على المذاهب الاربعة قسم المعاملات لعبد الرحمن الجزيري  
 أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية  
 الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد لمصطفى الزرقا  
 الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى  
 الاصول العامة للفقه المقارن للسيد محمد تقى الحكيم  
 منار السبيل للشيخ يوسف مرعي الحنبلي  
 مصادر الحق في الشريعة الاسلامية للدكتور السنهوري  
 الوسيط للسنهوري  
 نظرية الالتزامات للسنهوري  
 نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس  
 النظرية العامة للالتزامات للدكتور أنور سلطات  
 الموجز في شرح القانون المدني للدكتور عبد المجيد الحكيم  
 المبادئ العامة في الفقه الجعفري للسيد هاشم معروف الحسني  
 تاريخ الفقه الجعفري  
 الامام الصادق لأبي زهرة  
 تاريخ التشريع الاسلامي للضري

غاية المنتهى في الفقه الحنبلي  
أحكام المعاملات الشرعية لعلي الحنيف  
أحكام القرآن للجصاص

# فهرست

صفحة

٧	المقدمة
١٣	الاسباب التي أدت إلى تجاهل الفقه الجعفري
١٥	السنهوري يدعو إلى الاخذ بجميع المذاهب الفقهية . . بحوث قهيدية
١٧	الاجتهاد عند الشيعة - ما هو الاجتهاد
١٨	وجوب الاجتهاد
١٩	الدلة على فتح باب الاجتهاد
٢٠	المراحل التي مر بها الاجتهاد عند السنة والشيعة
٢٣	الاسباب التي دعت إلى سد باب الاجتهاد
٢٥	النتائج التي توجب على حصر المذاهب في الاربعة
٢٧	مع أبي زهرة والدكتور محمد يوسف حول الاجتهاد عند الشيعة
٢٩	العناصر التي يتكون منها الاجتهاد
	الحق والحكم والفوارق بينها
٣١	الفرق بين الحق والملك

٣٢	أنواع الحقوق
٣٤	الحق والحكم بنظر القرافي في الفروق
٣٥	المذاهب الأربعة والحقوق
٣٨	الفرق بين الحق والرخصة والمنزلة الوسطى عند السنبوري
٤١	المراتب الثلاثة في الفقه المغربي
٤٣	الحق الشخصي والعيني
٤٤	أمثلة من فقه الجعفريين وغيرهم للحقوق
٤٥	الفرق بين الحق الشخصي والعيني
٤٧	الموارد التي يلتقي بها الفقه المغربي مع الفقه الجعفري
٥٢	الذمة في الفقه الجعفري
٥٣	الذمة عند الشرعيين والمدننين
٥٤	أهلية الإنسان للوجوب والاداء
	المراحل التي يمر بها الإنسان من حيث صلاحيته لمباشرة أعماله
٥٥	وتعلق الضمان بذمته
٥٧	موقف القرافي من الذمة
٥٩	الذمة تتلاشى بالموت وموقف المذاهب الأربعة منها
٦٠	موقف الفقه الشيعي من الذمة بعد الموت
٦٣	عوارض الأهلية
٦٤	الجنون
٦٦	المعتوه والسكران
٦٩	الدقة



٧٠	التجبير على السفية عند الجعفرين
٧٤	السف والمذاهب الأربعة
٧٥	موقف الفقه المدني من تصرفات السفية
٧٦	اتفاق الجعفرين والمدنيين في مراتب الأولياء وصلاحياتهم
٧٨	المذاهب الأربعة والأولياء
٨٢	المفلس وشروط التجبير عليه ومصير أمواله
٨٥	موقف المذاهب الإسلامية من المفلس وتصرفاته
٨٦	المرض وآثاره على التصرفات المالية
٨٨	تصرف المريض في ذمته
٩٠	المرض الذي يجد من سلطنة المالك
٩٣	الإقرار الصادر من المريض وآراء الفقهاء فيه
٩٦	أقرارات المريض بنظر المذاهب الأربعة
٩٨	فصول الكتاب

## الفصل الأول

٩٩	في تكوين العقد
١٠٠	تعديد معنى العقد
	الفرق بين العقود الملزقة لكل من المتعاقدين والعقود الملزمة لأحدهما في الفقه الغربي والجنوبي
١٠٢	

صفحة

١٠٤	رأي الجعفرين في الفروق التي وردت في الفقه المدني
١٠٥	الاتفاق والعقد في الفقه المدني
١٠٨	تصنيف العقود في الفقه الجعفري
١١٠	العقود المستحدثة
١١٢	موقف التشريع الإسلامي من العقود والمعاملات
١١٤	أمانة من عقود التأمين
١١٨	موقف الفقه الجعفري من عقود التأمين
١٢٢	صفة العقد
	التعبير عن الإرادة بالكتابة والإشارة والألفاظ التي
١٢٤	يصح استعمالها في العقود
١٢٦	موقف الفقهاء من صيغ العقود
	مع الأستاذ وحيد الدين سوار حول ما نسبته إلى
١٣١	الإمامية
١٣٢	صيغ العقود والمذاهب الأربعة
١٣٧	التعبير عن الإرادة بغير الألفاظ
١٣٩	الإشارة والكتابة وغيرهما من الوسائل
١٤١	مع الأستاذ وحيد الدين سوار
١٤٤	موقف الفقه الغربي من هذه الوسائل
١٤٦	أقسام الكتابة عند الشافعية
١٥٠	التعبير عن الإرادة بالتعاطي
١٥١	عرض لأراء الجعفرين حول المعاوضة

١٥٩	مع الدكتور السنهوري ووحيد الدين سوار
١٦١	المعاطاة في غير البيع من العقود
١٦٣	من تصبح المعاطاة عهداً لازماً
١٦٤	لو مات المتعاطيان أو أحدهما
١٦٦	المعاطاة والمذاهب الأربعة
١٦٨	مع الاستاذ وحيد الدين سوار
١٦٩	المعاطاة عند الاحناف والشافعية
١٧٢	حرمة البيع بالتعاطي عند الشوافع
١٧٣	الترتيب بين الإيجاب والقبول
١٧٥	موقف الإمامية والمذاهب الأربعة من هذه المسألة
١٧٧	اتصال القبول بالإيجاب
	موقف الفقه المدني والمذاهب الأربعة
١٧٩	من هذه المسألة
١٨٣	التعليق في العقود وآراء المذاهب والفقه المدني منه
١٨٦	الموافقة بين الإيجاب والقبول عند الجعفرين
١٨٩	آراء المدنيين في المقام
	بقاء المتعاقدين على صفة الأهلية إلى أن
١٩٢	يتم العقد
	موقف الفقه المدني والمذاهب الإسلامية من
١٩٥	هذا الشرط

## الفصل الثاني

٢  
صفحة

١٩٨	الارادة وأثرها في العقود
١٩٩	وسائل الكشف عن الارادة ومراعاة قصد المتعاقدين
٢٠١	السكران والمأزلة وتصرفاتها
٢٠٢	الإرادة الظاهرية والحقيقية
٢٠٣	موقف الأحناف والشافعية من العقد الصوري
٢٠٤	العقد الباطل والفاسد بنظر الأحناف
٢٠٦	عقود الخاطيء وآراء المذاهب فيها
٢٠٨	الغلط وأقسامه عند المدنيين
٢١٠	موقف الجعفريين من الغلط بجميع أقسامه
	نظرية السبب في العقود
٢١٢	السبب عند الفلاسفة والمتكلمين
٢١٣	المراحل التي مرت بها نظرية السبب
٢١٧	السبب عند الجعفريين
٢١٨	موقف الفقه الجعفري من السبب في الفقه المدني
٢١٩	أمثلة فقهية يلتقي بها الجعفريون والمدنيون
٢٢٢	مراعاة قصد المتعاقدين
٢٢٥	عيوب الرضا بالعقد

٢٢٦	الغلط والتدليس
٢٢٨	الاستغلال والإكراه
٢٣٠	الإكراه الذي يعد عيباً في العقد
	إذا نتج الإكراه على المعاملة من الظروف التي تحيط
	بالعقد
٢٣٢	إذا أمكن التخلص من الضرر بغير العقد
٢٣٣	أمثلة من الفروع الفقهية لها صلة بالإكراه
٢٣٥	الإكراه على الطلاق
٢٣٧	إذا رضي المكره بالعقد بعد صدوره منه
٢٣٩	الإكراه والمذاهب الأربعة
٢٤٣	موقف المالكية والشوافع والحنابلة من الإكراه
٢٤٤	موقف الأحناف منه
٢٤٥	الإكراه في الفقه المدني
٢٤٧	شروط الإكراه عند المدنيين
٢٤٩	الفضولية في العقود
٢٥٢	الأدلة على صحة الفضولي بالإجازة
	من المالك
٢٥٣	الأدلة التي استدل بها خصوم الفضولي
٢٥٧	لو باع الفضولي لنفسه
٢٥٩	الفضولية بالتعاطي
٢٦٢	إجازة المالك لعقد الفضولي
٢٦٤	

٢٦٥	الوجوه المتصورة في الاجازة والفرق بينهما
٢٦٨	لو خرج المالك عن أهلية التماقد قبل الاجازة
	هل يكفي الرضا من المالك بالعقد أم لا يد من الاجازة
٢٧٠	الصريحة
	موقف الراوث من العقد لو مات المورث قبيل
٢٧٣	الاجازة
	المطابقة بين الاجازة والعقد الواقع فضلاً عن
٢٧٥	المالك
٢٧٧	المميز لعقد الفضولي
	لو كان المالك حين العقد غير المالك حين
٢٧٨	الاجازة
	لو باع الفضولي لنفسه ثم ملك المبيع وتمتع عن
٢٧٩	اجازة العقد
٢٨٣	لو باع ملك غيره فبين انه ولي عليه أو مالك له
	لماذا تصرف المالك في المبيع تصرفاً يتنافى مع
٢٨٦	الاجازة
	في أحكام الثمن المدفوع للبائع والمنافع التي استوفاهما المشتري
٢٨٩	لماذا امتنع المالك عن الاجازة
٢٩٤	الفضولي والمذاهب الاربعة
٣٠٠	الفضولي والفقه المدني
٣٠٢	شروط الاجازة في الفقه المدني

صفحة

٣٠٣

العقد الموقرة والفضالة في الفقه المدني

٣٠٦

موارد الالتقاء بينهم وبين الجعفرين

### الفصل الثالث

في محل العقد

٣٠٨

الشرط الاول مالية العوضين

٣١٠

الثاني ان يكونا ملوكين للتعاقدين

موقف المذاهب الاربعة والفقه المدني من هذين

٣١٣

الشرطين

٣١٦

الشرط الثالث القدرة على تسليم العوضين

٣١٧

الادلة على هذا الشرط

٣١٩

القدرة في الفقه المدني

٣٢٢

الشرط الرابع العلم بالعوضين

٣٢٤

موقف المدنيين والشرعيين من هذا الشرط

٣٢٦

المثلي والقيمي في الفقه الجعفري

٣٢٨

تحديد نطاق العقد

٣٢٩

العرف

صفحة	
٣٣٠	العادة
٣٣١	طبيعة الالتزام
	موقف المذاهب الأربعة والفقه المدني من العرف
٣٣٢	والعادة
٣٣٥	نظرية تحول العقد
٣٣٦	موقف الجعفريين والمدنيين من هذه النظرية
٣٣٨	العقد شريعة المتعاقدين
٣٤٠	الإقالة في الفقه الجعفري
٣٤١	نظرية الظروف الطارئة
٣٤٣	المراحل التي مرت بها هذه النظرية
٣٤٥	موقف الجعفريين منها
٣٤٦	أمنته من الفقه الجعفري لهذه النظرية

#### الفصل الرابع

٣٥٣	في موارد انحلال العقد
٣٥٤	إصالة الزوم في العقود
٣٥٦	خيار المجلس
٣٥٧	الوكيلان في إجراء العقد



٣٦١	حتى يسقط هذا الخيار
٣٦٣	موقف المذاهب الأربعة من خيار المجلس
٣٦٥	خيار الحيوان
٣٦٦	هل يختص هذا الخيار بالمشتري
٣٦٨	خيار الشرط
٣٧٠	لو جعل المتعاقدان الخيار لغيرهما
٣٧١	موقف المذاهب الأربعة من هذا الخيار
٣٧٢	العقود التي يدخلها هذا الخيار
٣٧٤	خيار التعين وأدلة
٣٧٦	شروط التعين
	هل يسقط هذا الخيار إذا لم يستعمله المعبون فوراً أو يبقى
٣٧٨	مستمراً إلى الزمن الثاني
٣٧٩	العموم الأفرادي والزماني والفرق بينها
٣٨١	موقف الفقه المدني من هذا الخيار
٣٨٣	المذاهب الأربعة وخيار التعين
٣٨٦	خيار التأخير وأدلة
٣٨٧	حتى يثبت هذا الخيار
٣٨٩	موقف الفقه المدني من هذا الخيار
٣٩٢	خيار الرؤية
٣٩٥	المذاهب الإسلامية وخيار الرؤية
٣٩٧	خيار العيب

## ملحة

٣٩٨	لو تصرف من له الخيار في الميعب
٣٩٩	لو طرأ على المبيع الميعب عيب جديد
٤٠٠	الموارد التي يسقط فيها هذا الخيار
٤٠٢	لو تبرأ البائع من العيوب
٤٠٤	ما هو العيب الموجب لحدوث الخيار
٤٠٥	أمثلة من الفروض الفقهية تتعلق بخيار العيب
٤٠٦	المدعي والمتكر وتعدد معنهما
٤٠٨	موقف المذاهب الأربعة من هذا الخيار

## الفصل الخامس

٤١٠	في الشروط
٤١١	الشروط التي لا بد منها لصحة
٤١٢	الشروط الخائف للكتاب والسنة
٤١٥	الشروط الخائف لمقتضى العقد
٤١٧	الفرق بين ما يقتضيه العقد بحسب طبيعته وما يقتضيه بإطلاقه
٤١٩	لو اشترط المؤجر والمعيّر على المستأجر والمستعير الضمان
٤٢١	نماذج من الفروع الفقهية تتعلق بهذا الشرط
٤٢٢	الفرق بين اشتراط الأوصاف والأسباب والمسببات
٤٢٤	الشروط والمذاهب الأربعة

٤٣٢	الشرط الفاسد وأثره على العقد
٤٣٥	من أحكام الخيارات
٤٣٦	هل ينتقل الخيار إلى الوراث أم لا
٤٣٧	هل توث الزوج من الخيار أم لا
٤٣٨	التصرف في زمن الخيار
٤٣٩	التلف في زمن الخيار وأحكامه
٤٤١	هل تختص القاعدة ببعض الخيارات أم تسري في جميعها
٤٤٤	موقف المذاهب الأربعة من هذه القاعدة
٤٤٥	اعتذار

## تفصيله

ان الارقام المتسلسلة تحت مواضيع الكتاب تنتهي بالرقم الثامن وقد ألفتها  
الناشر مهوآ .



## صدر للمؤلف

- ★ عقيدة الشيعة الامامية
- ★ تاريخ الفقه الجعفري
- ★ المبادئ العامة للفقه الجعفري
- ★ الشيعة بين الاشاعة والمعتزلة
- ★ نظرية العقد في الفقه الجعفري

تحت الطبع

- ★ دراسات حول صحيح البخاري والكافي للكليني

مطبع دار الفد



## نظرية العقد في الفقه الجعفري

يعرض هذا الكتاب آراء الجعفرين وغيرهم من مدنين  
وشرعيين في بعض المباحث التي تتصل بالعقود وترتبط بها  
ويبحث عن المبادئ العامة للعقود وعن عقد البيع وأركانه  
وشروطه وموارد انحلاله وأنواع الحيارات والشروط وما  
يتبع ذلك من المباحث التي تتصل بهذه المواضيع ويقارن  
في أكثر محتوياته بين آراء الجعفرين وآراء غيرهم من مدنين  
وشرعيين متحريراً التوضيح والإختصار ومعتمداً على أوثق  
المصادر الشرعية وغيرها .

الثلث سبع ليرات لبنانية ونصف أو ما يعادلها